

## 清律の刑罰減免制度より見た清代法制度の特質に関する実証的研究

著者	中村 正人
雑誌名	平成19(2007)年度科学研究費補助金 基盤研究(C) 研究成果報告書
号	2005-2007
ページ	70p.
発行年	2008-12-01
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/46633">http://hdl.handle.net/2297/46633</a>

---

清律の刑罰減免制度より見た清代法制度の特質に関する実証的研究

---

17530007

平成17年度～平成19年度科学研究費補助金  
( 基盤研究 (C) ) 研究成果報告書

平成20年12月

金沢大学附属図書館



1300-05151-5

表者 中 村 正 人  
金沢大学法学部教授

## は し が き

本書は、日本学術振興会科学研究費補助金 基盤研究（C）「清律の刑罰減免制度より見た清代法制度の特質に関する実証的研究」（平成 17（2005）年度～平成 19（2007）年度、課題番号＝17530007）の研究成果報告書である。

### 研 究 組 織

研究代表者： 中村 正人（金沢大学 法学部 教授）

### 交付決定額（配分額）

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合 計
平成 1 7 年度	600,000	0	600,000
平成 1 8 年度	400,000	0	400,000
平成 1 9 年度	200,000	60,000	260,000
総 計	1,200,000	60,000	1,260,000

### 研 究 発 表

#### （1） 雑誌論文

中村正人「清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から——」（金沢法学第 49 巻第 1 号、2006 年 11 月）

## 目 次

はしがき	i
目 次	iii
清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から——	中村 正人 1
清律における自首制度の変遷——盗犯の自首を中心に——	中村 正人 41

# 清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から——

中村 正人

- 一 はじめに
- 二 誤殺と親属
  - 1 犯時不知律の適用について
  - 2 条例および成案より見た親属に関する誤殺の処罰法理
- 三 清律における誤殺の性格再考
  - 1 誤殺と錯誤論
  - 2 清代における錯誤論的（具体的符合説的）発想の存在
  - 3 なぜ錯誤論的（具体的符合説的）発想が主流とならなかったのか
- 四 おわりに

## 一 はじめに

現代刑法学における責任論の中の一分野に「錯誤論」がある。これは、誤認や因果的なやり損ないによって、行為者の認識と実際の結果との間に齟齬が生じた場合、どの範囲のズレに対して故意の成立を認めるかを論じるものである。そして、この錯誤論が対象とするような状況を律するための条文が清律の中にもある。以下に引用する規定がそれである。

……人と鬭争している際に、誤って傍らの人を殺傷した場合には、それぞれ鬭殺傷によって罪を論じる（その人を死亡させたならば絞刑に、負傷させた場合には、負傷の程度を調べてしかるべき刑を科す）。人を謀殺・故殺しようとして、誤って傍らの人を殺害した場合には、故殺によって罪を論じる（その人を死亡させれば斬刑に処する。負傷させるに止まった場合については特に規定するところがないので、通常通り鬭殴の罪によって論ずる）云々。

〔……因鬭殴而誤殺旁人者、各以鬭殺傷論（、死者並絞、傷者驗輕重坐罪）。其謀殺故殺人而誤殺旁人者、以故殺論（、死者処斬。不言傷、仍以鬭殴論）云々。〕<sup>(1)</sup>

筆者はかつてこの清律における誤殺の問題を論じたことがある<sup>(2)</sup>が、そこでは概ね以

下のような点を明らかにした。

- ① 唐律と明清律の誤殺律を比較すると、文言上は両者に多少の差異は見られるものの、実質的にはほとんど差はなかった。
- ② 律文にある「旁人（傍人）」という表現からは、失手によって想定された攻撃対象の傍らにいた別人に害を及ぼしてしまった、いわゆる「方法の錯誤（打撃の錯誤）」の場合のみが適用対象であるかのように見られがちであるが、実際には誤認によって攻撃対象そのものを取り違えてしまった、いわゆる「客体の錯誤」の場合にも誤殺律は適用された。
- ③ 「謀殺に起因する誤殺」においては、法定刑は通常の謀殺と同じ（斬監候）であり、誤殺であるという点について何ら考慮されてはいない。しかしながら、それが共犯形態の場合や多人数の殺害の場合には、通常の謀殺よりも刑罰が若干軽減されていた。
- ④ 一般人を害する意図で実際には親属を害してしまった（あるいはその逆の）場合に適用される「犯時不知律」（後述）は、加害者と被害者との間にそもそも面識がないとか、あるいは加害者が被害者の存在自体を全く認識していない等、そもそも被害者との間に親属関係が存在することを知り得ない状態にある場合に適用される規定であり、単なる誤認によって親属であることを認識できなかった場合には適用されるものではなかった（錯誤の問題ではなかった）。
- ⑤ 清律における誤殺は、現代刑法学における錯誤論の問題と同列に捉えられるべき性格のものではなく、「ちょうど『過失殺』が刑法総論上の概念ではなく、『過失殺』という一個の罪名として捉えるべきであるのと同じように、『闘毆によって旁人を誤殺する』『謀殺・故殺によって旁人を誤殺する』あるいは『戯によって旁人を誤殺する』等といった構成要件を持つ個々の罪名として理解すべきものである」。

とりわけ⑤の点は、従来の諸説が意識的にせよ無意識的にせよ、伝統中国法概念である「誤殺」を現代刑法学の「錯誤論」と同列に置いて論じていたが、そうした見方に対して疑問を提示したものであった。今回この論点をさらに敷衍し、また前稿で取り上げることでできなかった点を補充するのが本稿の目的である。具体的に言えば、本稿で取り上げる主な論点は次の二つである。すなわち、第一の点は親属関係が絡む誤殺の問題である。

前項においても犯時不知律を検討する際に、親属の誤殺について若干触れてはいるものの、ほとんど手付かずの状態であった。この点を補足するのが第一の目的となる。第二の点は、新史料の検討を通じた得られた知見に基づく前稿の見解の一部修正である。前稿では、主として『刑案匯覽』『刑案匯覽統編』といった嘉慶朝以降の事案を収録した刑案史料を基に自説を展開していたが、今回康熙朝から乾隆朝にかけての清朝初期の刑案史料を利用する機会を得て、誤殺関連の事案を改めて検討してみたところ、誤殺の処理に関する状況が、以前検討した清代中期以降と若干異なっていることが判明した。そこで、前稿で取り上げた論点の内、特に犯時不知律の問題と誤殺の性格に関する議論に対して補足・修正を試みようとするのが本稿の第二の目的となる。

上記目的を踏まえた上で、まず第一章では「誤殺と親属」と題して、凡人（身分関係の存在しない人）を殺傷する意図で親属（とりわけ有服の尊長）を誤殺傷した、あるいは卑幼を殺傷する意図で尊長を誤殺傷したという、家族的身分関係に関わる錯誤の問題を取り上げ、法制定過程や裁判実務の変遷過程を明らかにしたい。なお、こうした親属関係が絡む誤殺は、現代刑法学では抽象的事実の錯誤（認識と結果とのズレが異なる構成要件に跨るもの）として認識されることから、それとの関連で犯時不知律の問題についてもここで論じるものとする。続いて第二章では「清律における誤殺の性格再考」と題して、清代刑法における誤殺と現代刑法学の錯誤論との関係を再検討する。そこでは基本的に前稿の結論に即してそれを敷衍する形で議論が展開されるが、同時に清代においても一部では現代刑法学の錯誤論のような発想で誤殺の問題を捉えていた者がいたことも明らかにされる。

なお本稿において「誤殺（傷）」とは、他人を殺（傷）害しようとしたが、誤認ないしは因果的なやり損ないによって、想定外の他人を殺（傷）害する行為全般をいう。また、こうした誤殺（傷）の発生という状況を想定している、上述の戲殺誤殺過失殺傷人条中の当該規定を「誤殺律」と呼び、この誤殺律も含めた誤殺（傷）に関する律および条例の規定の総体を指して「誤殺諸条」と呼ぶことにする。

## 二 誤殺と親属

### 1 犯時不知律の適用について

清律に限らず伝統中国法全般において、親属を殺傷する行為は、凡人を殺傷した場合と



は罪名を異にし、またほとんどの場合法定刑も異なっている。さらに、同じく親属を殺傷する場合でも、服制や尊卑長幼の違いによっても罪名および法定刑が異なってくる。したがって、誤殺において親属関係が絡む場合、すなわち、凡人を殺傷する意図で誤って親属を殺傷した場合、その逆に親属を殺傷する意図で誤って凡人を殺傷した場合、あるいは親属を殺傷する意図で誤って別の親属を殺傷した場合、故意犯が成立するにしても、いずれの罪名に該当するかが問題となる。このように錯誤の内容が別個の構成要件に跨るような場合を指して、現代刑法学では「抽象的事実の錯誤」と称しているが、現代日本刑法においてこの抽象的事実の錯誤の処理に関して指針を与える規定が、以下に引用する刑法第三八条第二項の規定である。

重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

そしてこの規定の淵源と目される条文が、唐律を初めとした歴代の律内に存在する。清律に関して言えば、名例律本条別有罪名条中にある以下の規定（「犯時不知律」と称する）がそれである。

……〔身分関係等があったために、〕実際には重い罪を犯したのであるが、犯行時にその事実を知らなかったならば、凡人の規定によって行為者の本来の意図に基づく軽い罪の罪責を論じる。（例えば、おじとおいとは別々の場所で生まれ育ったため、もともと互いに面識がなく、おいがおじを凡人のつもりで殴打して負傷させ、官憲が取り調べを行った後に、初めて被害者が自分のおじであったことを知った場合には、凡人に対する闘毆の規定を適用する。また、もし全く別の場所で窃盗を行ったにもかかわらず、領得した物が実は大祀に使用する器物であったならば、このような場合には、みな「犯す時知らず」に該当し、ただ通常の罪によって論じ、通常の窃盗と同様に処罰する。）行為者の意図とは異なり、実際には軽い罪を犯したのであるならば、その犯した罪に対する規定を適用することを許す。（例えば、父が子とは知らずに凡人のつもりで殴打し、殴打の後に初めてそのことを知り得た場合、ただ子に対する殴打の規定を適用し、凡人に対する殴打の規定によって罪責を論じてはいけない。）

〔……其本応罪重、而犯時不知者、依凡人論。（謂如叔姪別处生長、素不相識、姪打叔傷、官司推問、始知是叔、止依凡人關法。又如別处窃盜、偷得大祀神御之物、如此之類、並是



犯時不知、止依凡論、同常盜之律。)本應輕者、聽從本法。(謂如父不識子、毆打之後、方始得知、止依打子之法、不可以凡毆論。)]<sup>(3)</sup>

この規定が現行刑法三八条二項の淵源であるという点、および条文中の小註（上記引用文中の丸括弧内の部分）の例示を見る限りでは、犯時不知律もまた、現代刑法学という抽象的事実の錯誤の場合に適用される条文であり、したがって親属関係が絡む誤殺の事案にもまた適用され得るものであるようにも見える。しかしながらこの点に関しては、「はじめに」でも言及したように、犯時不知律はあくまでも親属関係の存在を知り得ないような状況において初めて適用されるものであり、単なる錯誤の場合に適用されるものでなかったことは、前稿で明らかにしたとおりである。

ところが、清朝初期（具体的には雍正朝から乾隆朝初期の頃）の事例を見てみると、状況は少し異なるようである。すなわち、この時期の事案においては、現代刑法学が正に抽象的事実の錯誤に該当すると考えるような状況に対して、この犯時不知律が適用されている事例が見受けられるからである。以下にそのような事例を二、三紹介したい。

#### 〔事案その一〕

姜応盛は李張柱を殴ろうとしたが、暗闇のため誤って胞兄の姜応挙を傷つけ死なせてしまった。

この事案は、後述の徐明時一案において引用されているものであるが、本件に対して刑部は、斬立決（これは毆死兄姉律<sup>(4)</sup>の法定刑と符合する）に擬律した安徽巡撫程元章の原擬を、「胞兄と鬭争して死亡させた事案とは異なるので、（胞兄を毆死させた場合の法定刑である）斬立決に擬律するのは妥当ではない」として、一旦駁回（棄却）した後、後任の安徽巡撫である徐本によってなされた、「『律』によって絞監候に擬する」とする二度目の原擬を妥当なものとして是認し、事案はそのとおり完結している。ここで、安徽巡撫の二度目の原擬にある「律」とは、恐らく誤殺律のことを指すと推測されるが、いずれにせよ次に紹介する徐明時一案の状況を考えれば、誤殺律適用の前提として犯時不知律が適用されたものと考えてまず間違いないであろう。

#### 〔事案その二〕

徐明時は叔父である徐昆弼の子の徐明興から借用した水車の返却を巡って争いとなり、木製の腰掛を拾って投げ付けたところ、誤って徐昆弼の泉門（泉門）に当たってしまい、徐

昆弼は翌日に死亡してしまった。<sup>(5)</sup>

この事案は雍正十三年の事件であるが、叔父（服制は不杖期）を誤殺した徐明時に対して刑部は、前出の雍正十年の姜応盛一案を援用し、誤殺律によって絞監候に擬律した安徽巡撫趙国麟の原擬を妥当とし、その結論がそのまま雍正帝に嘉納された。ちなみに、この事案における直接の適用条文は誤殺律であるが、安徽巡撫の原擬の中に犯時不知律への言及が見られること、および徐明時に科せられた絞監候が、凡人の闘殺に対する刑罰と一致することよりすれば、本事案に対して犯時不知律が適用されたことは疑いない。

### 〔事案その三〕

一族の祭田の賃貸料支払いを巡るトラブルが原因で、夜間に潘印儒といこの潘智炯が言い争いになり、掴み合いの喧嘩になった。潘智炯の父（潘印儒の叔父）の潘倍千は、二人が争い合う声を聞いて目を覚まし、現場に駆けつけた。ちょうどその時、潘印儒は潘智炯に押し倒されていたが、身を脱しようと手探りで棒槌を掴み、潘智炯に向かって打ちつけようとしたところ、期せずして潘倍千が走りよって来て、暗闇でよく見えなかったこともあって、誤って潘倍千の<sup>泉門</sup>（泉門）を傷つけてしまい、潘倍千は翌日に死亡してしまった。<sup>(6)</sup>

乾隆二年に浙江省で起きたこの事件に対して刑部は、本件の情状が上述の徐明時一案の先例と符合するとして、潘印儒に犯時不知律を適用した上で凡人の闘殺律によって絞監候に擬律した浙江総督の原擬を支持し、事案はそのとおり完結している。

以上紹介した三例は、いずれも抽象的事実の錯誤に関する典型的な事例であり、そうした事案に対して少なくとも清朝のある時期には犯時不知律が適用されていたことが分かる。しかしながら、前稿で述べたように、後に犯時不知律は、正に小註にある例示のように、別々の場所で没交渉的に成長したため互いに親属であることを知り得なかった場合や、あるいは親属たる被害者がその現場に存在していること自体認識できず、したがってその被害者との間に親属関係が存在することを知り得なかった場合に適用される、換言すれば、「（狭義の）錯誤」（誤認ないしは因果的なやり損ない）の場合ではなく「不知」の場合に適用される条文へと変化して行った<sup>(7)</sup>。

こうした変化がいつ頃生じたのかに関しては、現時点では史料上の制約もあって必ずしも明確にすることはできないし、また例えば盗賊と誤認して平人を殺害したいいわゆる「疑

賊斃命」事案に親属関係が絡んだ場合のように、事案の種類によっても事情は異なり、必ずしも一律に論じられる問題ではないように思われる<sup>(8)</sup>。ただいずれにせよ、次節で取り上げる多数に及ぶ親属に関する誤殺事案においては犯時不知律が適用されていないことから明らかなように、親属関係が絡む誤殺事案への犯時不知律の適用は、疑賊斃命事案と関連する場合は別として、限定的ないしは一時的で極めて例外的な現象であったと考えても大過はなかろう<sup>(9)</sup>。

## 2 条例および成案より見た親属に関する誤殺の処罰法理

前節で述べたように、親属関係が絡む誤殺の事案において、犯時不知律が適用されることは一時的かつ例外的な現象であったとすると、清代の実際の法実務において、これらの事案はどのように処理されていたのであろうか。結論から先に言えば、基本的には犯人の当初の意図に拘りなく、実際に誤殺してしまった者との間の身分関係に基づいて処罰されるのが原則であった。ただ、現実には必ずしも原則どおりに処罰されたわけではない（若干の減刑を与えられることが多かった）し、また関係する親属関係の親疎の違いによっても事情は異なっており、そのことは自分の子供を侵害しようとして他人を殺害した事案においてとりわけ顕著であったように思われる。

そこで本節では、親属の誤殺に関して、「子への侵害に起因する誤殺」とそれ以外の場合との二つの項目に大きく分けた上で、条例の規定や実際の裁判例を素材にして、それぞれについて処罰の実態や時期による変遷等について論じて行くことにする。

### (1) 子以外の親属への侵害行為に起因する誤殺の場合

先に述べたように、清朝においては、親属関係が絡む誤殺の処罰について、行為者が想定していた被害者との間の身分関係によってではなく、実際に誤って殺害した被害者との身分関係を基準として適用条文（法定刑）が決定されていた。そのことは、成案中に現れる次のような刑部の言によって窺い知ることができる。

……『大清律輯註<sup>(10)</sup>』には、「謀殺・故殺・鬪毆に起因する誤殺の規定は、すべて凡人の場合を言っているのである。もし凡人を害しようとして誤って親属に害が及んでしまった場合、親属を害しようとして誤って凡人に害が及んでしまった場合、あるいは親属を害しようとして誤って別の親属に害が及んでしまった場合には、尊長卑幼殺害に関する各規定

を参照して、刑の軽重を均衡させ、個別の事情を斟酌すべきである」とある。……罪はその依って生ずる直接の原因を重視する。凡人を害しようとして親属を誤殺したならば、自ずから親属殺害の本律をもって論ずるべきである云々。(傍点筆者)

[……集註云、「謀故毆之誤殺、皆言凡人。若因凡人而誤及親属、因親属而誤及凡人、因親属而誤及親属、当按尊長卑幼各律、輕重權衡、分別隨事酌之」。……罪重所因。因凡人誤殺親属、自應以親属本律論云々。}]<sup>(11)</sup>

また、道光四年に吉林で起きた、妻と誤認して妻の姉を殺害してしまった事案である尹方興一案<sup>(12)</sup>において刑部が、

例えば、もし妻を故殺しようとして旁人を誤殺したのならば、「妻を故殺する」の律を適用してもよいかもしれないが、もし尊長・卑幼を謀殺・故殺しようとして……旁人を誤殺した場合に、尊長・卑幼の規定を適用してよいものだろうか。これを情理や法規定に照らして考えてみると、やはり問題があると言わざるを得ない

[若使故殺妻、而誤殺旁人、即可照故殺妻律問擬。設遇謀故殺尊長卑幼……因而誤殺旁人、亦可概照殺尊長卑幼論乎。揆諸情法、殊多窒礙]

と述べて、行為者の当初の認識に基づく身分関係による処罰を明確に否定していることからも、上記の点は裏付けられよう。

本稿の末尾に、筆者が各種刑案を調べて目に付いた限りで拾い出した、康熙年間から道光年間にかけての親属の誤殺事案の一覧を附載しておいた。言うまでもなくこの表は、清朝における親属の誤殺事案をすべて網羅したものではないことに留意せねばならないが、少なくともそこに現れた事案の処理方法を見る限りでは、概ね上述の原則、すなわち基本的には実際に殺害された被害者との身分関係を基準として適用条文が決定されるという原則に従って事案の処理が行われていることが見て取れよう。

しかしながら、実際に適用されている刑罰を見ると、特に尊長の誤殺については、法定刑よりも幾分刑が軽減されることが多かったようである。表一にも見られるように、清朝初期においては九卿会議の議を経た上で、また後には九卿会議を開催することなく皇帝の諭旨によって、法定刑よりも若干軽い刑罰が科せられることが通例となっていた。当初は言わば法実務上の慣行として認められていた尊長の誤殺に対する刑の軽減は、乾隆十八年に以下のような条例の形にまとめられ、法制度として定着していくことになった。

卑幼が尊長を誤って傷つけて死亡させ、法定刑が斬立決に該当する事案において、審理の結果悪意をもって犯行に及んだのでないことが明らかになれば、罪を軽減すべき情状を書き記し、附箋を題本に挟んで皇帝の聖断を請い求めることを許す云々。

〔凡卑幼誤傷尊長至死、罪干斬決、審非逞兇干犯、仍准敘明可原情節、夾簽請旨云々。〕<sup>(13)</sup>

この条例では、殺害に対する法定刑が斬立決となる親属（本宗小功以上の尊長<sup>(14)</sup>）を誤殺した場合には、皇帝の実質的な判断に委ねることを規定するのみで、具体的に斬立決からどの程度減刑されるかについては言及されていない。しかしながら、表一所掲の各事案の処理方法を見てみると、個別の具体的な事情の違いによって多少の差異はあるものの、概ね斬監候への減刑が一般的であったようである。

ところで、前出の条例では、少なくとも小功以上の尊長の誤殺については、同一の取り扱いをすることを規定しているけれども、それ以前の乾隆六年に制定された以下の条例においては、大功以上の尊長の誤殺と小功以下の尊長の誤殺とで、若干異なる扱いがなされる場合もあったことが規定されている。

卑幼が尊長を誤殺した事案において、もし事前に尊長に対して罪を犯し、さらに他人と相い争っている際に誤って尊長に命中したのならば、なお『尊長が卑幼を殴る』の本律に照らして擬律を行う。しかし実に尊長に対して罪を犯した事実がなく、尊長が俄かに面前に飛び出して来たため、誤って命中したものについては、被害者が小功以下の尊長であれば、なお誤殺律を適用して絞監候とする。被害者が大功以上の尊長であれば、（尊長の）鬪殴の律を適用して斬立決に論じた上で、なおそれが錯誤によるものである事実、および刑を減輕してよいか否かの伺いを述べ立て、皇帝の聖断を請うて処分せよ。

〔卑幼誤殺尊長、如已經干犯尊長、又与他人鬪殴、因而誤中者、仍照卑幼毆尊長本律定擬。

其未干犯尊長情節、尊長倏至其前、因而誤中至死者、小功以下尊長、仍引誤殺律論以絞監候、大功以上尊長、即引毆殺律論以斬決、仍將致誤情由、可否未減之處聲明、請旨定奪。〕

<sup>(15)</sup>

本条例によれば、尊長が突然目の前に飛び出して来る等、犯人にとって実に予想外に尊長を誤殺した場合、それが大功以上の尊長であれば、通常通り尊長を鬪殺するの律を適用して斬立決に擬する（但し誤殺の情状を声明して、皇帝の諭旨を請うて定奪する）が、小功以下の尊長であれば、「誤殺律」を引いて絞監候（すなわち凡人の鬪殺の罪）に擬すると

している。これを従来の一般的な取り扱いと比べてみると、大功以上の尊長に関しては特に変化はないけれども、小功以下の尊長に関しては、凡人を誤殺した場合と同等の処罰となり、刑罰軽減の幅が比較的大きくなっていると言える。

ただ、吳壇の『大清律例通考』によれば、

この条文は、乾隆六年十月に行われた刑部の摺奏によって定例とされ、乾隆八年に律例館が条例に編纂して律に附したものである。十六年になって律例館が、「有服の尊長を毆死させれば、すべて尊長殺害の本律に照らして定擬することとし、本来の刑罰と減刑した刑罰の両論併記して皇帝の裁断を求める「両請」を認めていた旧例は既に効力を停止されているので、本条例は削除すべきである」とした

〔此条係乾隆六年十月刑部摺奏定例、乾隆八年館修附律。十六年律例館以毆死有服尊長、均照本律定擬、其兩請旧例俱已停止、此条应刪〕<sup>(16)</sup>

と、乾隆十六年頃には同条例が廃止されたことが窺える。『光緒会典事例』の按語や、前出の『大清律例通考』の記述によれば、本規定が定例化されたのは乾隆六年（条文化されたのは同八年）であるから、存続期間はわずか十年程ということになる。もともと、乾隆三年に広東省で起きた、財産の乗っ取りを企てて小功の再従弟を毒殺しようとして、誤ってその母親（小功のおば）を毒殺してしまった事案である謝英豪一案<sup>(17)</sup>においても、「小功の尊長を故殺する」の律<sup>(18)</sup>ではなく、「人を謀殺せんとして旁人を誤殺する」の律（通常人に対する謀殺に起因する誤殺の律）が適用されていることからして、小功以下の尊長の誤殺を凡人の誤殺と同様に取り扱うとする裁判実務上の取り扱いは、乾隆六年の定例成立以前より既に確立していたことが分かる。ただ、そうした処理の確立が乾隆六年よりどのくらいまで遡るのかについては、管見の及ぶ限りでは、少なくとも雍正二年よりも後であることは史料上明らかにし得るけれども<sup>(19)</sup>、正確な年代については、必ずしも明確にすることはできない。それに加えて、なぜ乾隆朝初め頃のこの時期に小功以下の尊長の誤殺に対する刑罰を緩和したのか、その理由もまた明確にはし難いが、いずれにせよこうした措置は、先に検討した犯時不知律適用の問題と同様に、ごく短期間のみ見られた例外的な現象であったと見て間違いなからう。

## (2) 子への侵害行為に起因する誤殺の場合

子への侵害行為に起因して、凡人ないしは他の親属を誤殺した事案は、管見の限りでは本稿末尾の表二に掲載した八件のみであり、数としてはあまり多くない。したがって、これらの案件のみによって子への侵害に起因する誤殺に対する処罰法理の変遷過程を詳細に描き出すのは困難であるが、しかしながら、変遷過程の傾向をある程度掴むことは可能であろう。

該当の八件を見ても明らかなように、子への侵害行為に起因する誤殺についても、その他の親属の誤殺の場合と同様に、訴訟実務上は基本的に実際に誤殺した者との身分関係を基準にして適用条文を選択しつつ、それが錯誤によるものであることを考慮して刑の軽減を図っていたことが分かる（No. 41 の潘氏一案のみはこの原則から大きく外れた事案処理が行われているが、これについては後に詳細に検討することとしたい）。しかしながら、子への侵害行為に起因する誤殺の場合においても、やはり時期によって事案処理方法に多少の変遷があり、また他の親属の誤殺に対する処罰との比較で若干特徴的な面も見られる。そこで以下において、「雍正期まで」「乾隆期」「嘉慶期以後」の三つの時期に分けて詳論する。

#### (a) 雍正期までの状況

康熙朝（およびそれ以前）に関しては、該当する事案を検索することができなかったため、状況は全く不明である。雍正朝においては、現時点では次に引用する張氏一案一件のみを検索することができた。

張氏は故人の李成謨の妾であった。彼女の実の子である李際安がたびたび非行を繰り返し、官の懲治を経てもなお改悛しないことに頭を痛めた張氏は、後顧の憂いを絶つべく、毒入りのパンを焼いて、夕方帰宅した李際安に食べさせようとした。李際安はパンが冷めていたので温めようと、別の妾の子であった李際愷の部屋に行ってパンを炙ってから一口食べたが、不味かったのでパンをその場に置いたまま部屋を去った。その時たまたま李際愷の娘の李大姐がやって来て、幼少無知のためにそのパンを食べてしまい、翌朝に死亡してしまった<sup>(20)</sup>。

本事案においては犯人の張氏に対して、「情殊に憫むべし」として、「人を故殺しようとして旁人を誤殺する」の律<sup>(21)</sup>を適用した上で、聖恩によって流刑（恐らく杖一百流三千里）に減じられている（最終的には婦人收贖律<sup>(22)</sup>によって收贖で済まされている）。



この事案の処理における顕著な特徴として、(婦人収贖律の適用は別にしても)他の親属の誤殺の場合よりも明らかに減刑の幅が大きい点を挙げることができる。すなわち、他の親属とりわけ尊長の誤殺については、本来の刑罰である斬立決から、せいぜい斬監候に軽減されるに止まるのに対して、子への侵害に起因する誤殺の場合には、斬監候から杖一百流三千里への一等減というように、前者と比べてかなり明確な形での減刑が行われている。

ただし、この減刑の幅が大きいという点をもって、これが他の親属の誤殺と比較した場合の子への侵害に起因する誤殺の特徴であると断言してよいかについては、若干注意が必要であろう。なぜならば、本事案においては、誤殺の原因となった先行行為が、非行を繰り返す息子(いわゆる「触犯の子」)の殺害であったという点が、情状酌量の主たる部分であり、もし仮に触犯したのではない子を殺害しようとして旁人を誤殺したのであれば、ここまで刑が軽減されることはなかった(もっと重い刑が科せられた)可能性もあるからである。

もっとも、後に引用する道光五年制定の戲殺誤殺過失殺傷人条例二〇の規定では、特に触犯の子でなくとも、およそ子を謀殺しようとして他人を誤殺した場合には、斬監候から近辺充軍にまで減刑されていることより推察すれば、当該事案における先行行為が触犯の子の殺害であったという特殊事情が、杖一百流三千里という量刑の決定に大きく影響していたことも否定はできないけれども、とにかく子への侵害に起因する誤殺は、その性質上他の親属の誤殺よりもより減刑の幅が大きいかったという特徴があると考えて間違いないであろう。

#### (b) 乾隆期の状況

乾隆期においては、該当事案が三例見られる(表二 No. 41~43)。これらの内、乾隆二年の潘氏一案は極めて特殊な事例であるため、後に別項を立てて検討するが、残りの二例についても、他の時期における同種の事案と比較すると、非常に特徴的な点が見られる。以下に具体的な事案の検討を通じてそのことを考察してみたい。

No. 42 に掲げた盧拱一案(乾隆八年、福建省)における事実の概要は以下のとおりである。

盧拱は生活に困って、息子の盧周がすでに典売した田地を重ねて典売しようとしたが、盧周は典主に事が露見することを恐れ、諫言して阻止した。怒った盧拱は父親への忤逆のか

どで官憲に告発したが、盧拱の叔父の盧聖がその誣告の事実を探知し、同族の保証書を提出して告発の取り下げを行った。ところが盧拱はいつまで経っても息子の取り調べが行われないことにますます腹を立て、「必ず殺してやる」と宣言していた。盧聖は盧拱の凶暴な性格を知っていたため、本当に息子を殺しかねないと心配し、密かに盧周を書館に匿った。盧拱は憤懣やる方なく、ある晩に小刀を携えて書館に赴き、垣根越しに殺害の機会を伺っていた。その時たまたま盧聖の息子の盧樞（盧拱の大功の堂弟）が書館で就寝しようとやって来た。盧拱は暗闇の中盧樞を盧周であると誤認して切りかかって負傷させ死なせてしまった<sup>(23)</sup>。

この事案に対して刑部は、「人を謀殺しようとして旁人を誤殺する」の律により、「同堂の大功弟を故殺する」の律<sup>(24)</sup>を適用し絞監候に擬律した。ここまでの処理については、これまでに明らかにした親属誤殺処理の一般原則、すなわち、犯人が当初意図していた被害者との間の身分関係ではなく、実際に誤殺した者との間の身分関係によって適用条文を決定するという原則に沿った形で行われている。ところが、これも既に述べたように、通常であればこの後に幾ばくかの減刑が行われるところであるが、本件においては、その種の軽減措置が一切行われておらず、法定刑どおりの絞監候に処する形で事案は完結している。

残る No. 43 の阮果正一案（乾隆五十八年、陝西省）においても同様に、子を殴責しようとして旁人を誤殺してしまった犯人に対して、誤殺律がそのまま適用されて、凡人に対する闘殺の法定刑である絞監候が科せられている（ただし、この事案は他の事案（後出の劉曾氏一案）で先例として引用されているのみであるため、事実関係の詳細は不明である）。このように乾隆初期と末期に発生した事案のいずれにおいても、実際に誤殺した被害者との身分関係を基準にして条文が適用されるのみであって、一切減刑が与えられなかったという、他の時期における同種の事案にはない明確な特徴が見られるのである。ただこのことが、乾隆期全般に見られる一般的な特徴と言い得るのか、それとも単に事案の特殊事情に基づく個別的な現象なのかは、該当事例がわずか二件しか存在しない（しかもその内の一件については、事実関係の詳細が不明である）ことから、現時点ではいずれとも断言することは不可能である。後考に俟ちたい。

#### (c) 嘉慶期以後の状況

嘉慶七年の劉曾氏一案<sup>(25)</sup>（No. 44）、同十六年の黄韋氏一案<sup>(26)</sup>（No. 45）、道光二年の宋

邁遷一案<sup>(27)</sup> (No. 46) は、いずれも「窃盜を犯した息子」「親の教令に違反した息子」「人と通姦した娘」という、いわゆる「触犯の子」を謀殺しようとして、凡人を誤殺した事案である。そしてこれらの事案における犯人は、類似の事案である前出の張氏一案と同様に、いずれの場合も「人を謀殺しようとして旁人を誤殺する」の律により、凡人の故殺の罪（斬監候）に擬律した上で、そこから一等を減じて杖一百流三千里に処せられている<sup>(28)</sup>。

その後の道光四年に発生した鍾世祥一案<sup>(29)</sup> を契機として、以下に引用する戲殺誤殺過失殺傷人条例二〇が制定された。

子を殴ろうとしたことが原因で傍らにいた他人を誤って負傷させて死亡させた場合には、杖一百流三千里とする。子を謀殺しようとして傍らの他人を誤殺したならば、近辺充軍の刑に処する。子を殴ろうとし、あるいは謀殺しようとして、有服の卑幼を誤殺した場合には、それぞれ『卑幼を毆殺あるいは故殺する』の本律から一等を減じて処罰する。もし有服の尊長を誤殺したのならば、なお『尊長を毆殺あるいは故殺する』の本律、および尊長を誤殺するの本例によって罪を定める。

〔凡因毆子而誤傷旁人致死者、杖一百流三千里。因謀殺子而誤殺旁人、發近辺。其因毆子、及謀殺子、而誤殺有服卑幼者、各於『毆故殺卑幼』本律上減一等。若誤殺有服尊長者、仍依『毆故殺尊長及誤殺尊長』各本律・本例問擬。〕<sup>(30)</sup>

この規定に関して注目すべき点は、先に引用した尊長の誤殺に関する毆期親尊長条例五では、刑の輕減について何ら具体的に規定するところがない（単に輕減すべき情状を書き連ねて皇帝の実質的判断に委ねることしか規定していない）のに対し、本条例は個々の類型ごとに減刑の幅ないしは刑罰そのものを特定していることである。これは子への侵害に起因する誤殺事案の大きな特徴であると言えよう。尊長の誤殺の場合と子への侵害に起因する誤殺の場合とでこうした相違が生ずる理由を推測するに、恐らくは尊長の誤殺の場合、名分に深く関わる事態であるが故に、錯誤による点を考慮して刑を輕減すること自体は認めるものの、それを明文で示すことにはかなりの抵抗を感じたであろうが、子への侵害に起因する誤殺の場合にはそうした問題があまりなかったために、明確な形での減刑が条例中に規定されたものと思われる。

### 三 清律における誤殺の性格再考

## 1 誤殺と錯誤論

本稿の冒頭でも述べたように、前稿において筆者は、戯殺に起因する誤殺の問題や『刑案匯覽統編』所収の李胡氏一案（同治六年、直隸省）等を手がかりに、清律における誤殺が現代刑法学の錯誤論と同列に論じられる性格のものではないことを明らかにした<sup>(31)</sup>。本稿ではこの誤殺の性格の問題について、前稿とは別の角度から再び論じてみたい。

清律における誤殺の処罰法理が現代刑法学の錯誤論と全く次元の異なるものであることを示す一つの事例が『刑案匯覽』に収録されている。以下に引用する李必葵一案がそれである。

李必葵は李会明に窃盗犯と疑われたことを恨みに思い、毒殺せんと図ったが、誤って李厯葵・李二子・解大元子の三名を毒害してしまったが、三名とも死亡するには至らなかった。

(32)

この事案において原審である山西巡撫は、李必葵に対して、このような場合を処罰するための明文規定は存在しないが、既に三人を誤傷しているのであるから、「人を謀殺しようとし、犯行に及んだが未だ傷つけるには至らない」の律<sup>(33)</sup>（法定刑は杖一百徒三年）を適用するのは妥当ではないとして、「人を謀殺しようとして負傷させたが死亡するには至らない」の律<sup>(34)</sup>（法定刑は絞監候）に照らしてそこから一等を減じて、杖一百流三千里に擬律した。ところが刑部は、誤殺律には人を謀・故殺しようとして旁人を誤傷してしまった場合には鬪毆傷の規定を適用するとあり、またその場合には被害者の人数の多寡に関係なく科断することから、律<sup>(35)</sup>の規定を適用するとその刑は杖八十となる、一方李会明に関して考えてみるとそれは謀殺律の「既に実行に着手したが未だ負傷させていない」の律の杖一百徒三年に該当し、二罪が同時に発覚した場合には重い方の罪を適用する<sup>(36)</sup>ことから、李必葵は杖一百徒三年に擬すべきであると述べている。

ここで注目すべきは、刑部が李必葵の犯罪行為を、李厯葵等三名に対する傷害既遂罪と李会明に対する謀殺未遂罪（着手未遂）との（現代刑法学風に言えば）観念的競合と見ている点である。もし仮に、清律における誤殺の法理が現代刑法学の錯誤論と同列に論じられ得るようなものであり、当時の司法官僚達もまたこれを錯誤の場合における故意の成立の問題として捉え、現代の錯誤論的発想で思考していたとすれば、上記のような刑部の結論は通常考えられないことになる。

現代刑法学における錯誤論は、行為者の認識と実際に発生した結果との間にズレが生じた際に、どの範囲にまで故意犯の成立を認めるべきかを論ずるものである。より直感的な言い方をすれば、ある人に向けられた故意を、別の人に生じた結果に対して移しかえる（「移転」させる）ことが可能か否かを論じる分野であると言えよう。このことを先に挙げた李必葵の事例に当てはめて言えば、当初李会明に向けられていた殺人の故意を、李應葵等三名を誤毒し傷害を与えたという結果に対して、当該犯罪行為を成立させる故意として「移転」させられるか否かに答えるのが錯誤論の役割だと言うことになる。そして、そうした発想を前提として考えれば、そこから導き出される結論は故意を「移転」させられるか「移転」させられないかのいずれかでしかない。もし「移転」させられるとすれば（法定的符合説の立場に立てばそのような結論になる）、殺人の故意は李應葵等に対して「移転」可能ではあるものの、結果的には死亡するに至らなかった（傷害するに止まった）わけであるから、李必葵の行為には李應葵等三名に対する殺人未遂（実行未遂<sup>(37)</sup>）の罪が成立することになる。一方、「移転」させられないとすれば（具体的符合説の立場に立てばそのような結論になる）、李應葵等に対する傷害行為には故意が成立しないことになるので、李應葵等に関しては過失傷害罪が、また本来想定していた被害者である李会明に関しては殺人未遂罪（着手未遂<sup>(38)</sup>）が成立し、両者の観念的競合としてより重い罪（ここでは李会明に対する殺人未遂罪）が適用されることになるはずである<sup>(39)</sup>。

実は刑部の処罰内容は、李必葵の刑罰を「人を謀殺しようとして実行に着手したが、未だ負傷させるに至らない」の律（すなわち謀殺の着手未遂罪）によって杖一百徒三年としているので、結論部分だけを取り出してみれば、具体的符合説を採った場合と全く同じになっている。しかしながら、結論に至る過程においては両者は全く異なっていると言わざるを得ない。すなわち、具体的符合説の考え方に従えば、李應葵等三名に対しては故意の「移転」はできず、そのため彼等については過失傷害罪しか成立しないはずであるが、刑部は李應葵等に関して故意の傷害罪が成立するものとしているからである。しからば刑部は本件において故意の「移転」が可能だと考えているかと言えば、そうでもない。李会明に対する謀殺の故意を李應葵等に「移転」可能なのであれば、李應葵等について成立する罪名は傷害罪ではなく謀殺の実行未遂罪となるはずだからである。このように、人を謀殺しようとして誤って旁人を傷害してしまった場合に、故意の傷害罪は成立するのに謀殺の

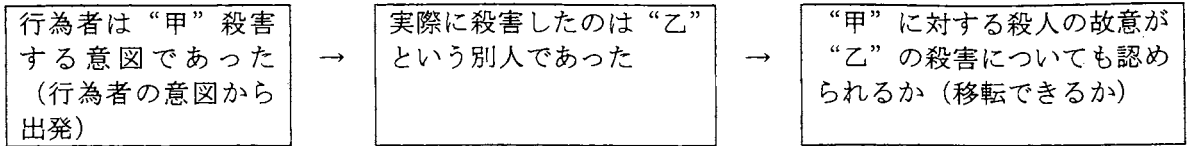
実行未遂罪は成立しない（刑部が山西巡撫の原擬を否定していることを想起せよ）という結論は、現代刑法学の錯誤論を前提とする限り出てくることはなく、そのような規定内容を有する誤殺律そのもの、あるいはその規定に依拠して行われた刑部の処断は現代の錯誤論とは全く異なる発想に基づいていると言わざるを得ない。

先にも述べたように、現代刑法学における錯誤論は、行為者の主観的意図と実際の結果との間に食い違いが生じた際に、どの範囲のズレに対してまで故意の成立（「移転」）を認めるかを論ずるものである。すなわち、錯誤論の議論の出発点は行為者の主観的意図にあると言える。しかしながら清代の誤殺事案においては、状況はいささか異なっていたようである。思うに、清代刑法が、あるいは清代の司法官僚達が重視したのは、行為者の認識内容よりもむしろ発生した結果そのものであり、何よりもまずこの発生した結果を基準として適用する条文（刑罰）を決定するのが基本であったように見える。このように考えるならば、李必葵一案において李 葵等に対する傷害罪の成立がまずもって考えられていることや、親属における誤殺のような抽象的事実の錯誤事案において、犯人が当初意図した被害者との身分関係ではなく、誤って実際に殺害した者との間の身分関係によって適用条文を決定していた事実も、すんなりと理解することができる。そして、そのように発生した結果を基準として求められた刑罰を修正する様々な加減要素の一つとして存在していたのが、被害者の取り違えないしは因果的なやり損ない、すなわち錯誤による行為であった。清代において錯誤によって罪を犯すことは、一般的には刑罰を軽減する要素として機能したが、他の様々な刑罰加減要素との組み合わせによって、実際の量刑における効果は千差万別であり、例えば謀殺や故殺に起因する誤殺のように、はっきりと目に見える形では刑が軽減されないこともあれば、先に検討した子への侵害に起因する誤殺のように、比較的明瞭な形で減刑される場合もあった。

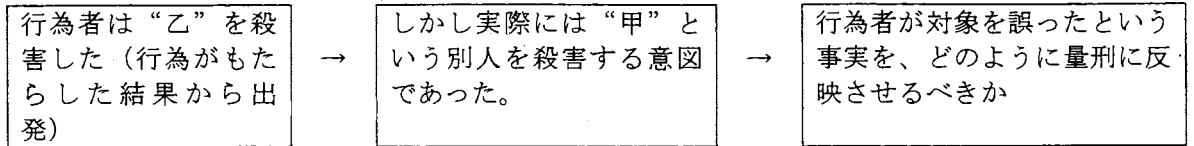
以上述べた現代刑法と清代刑法の誤殺（錯誤による殺人）における発想の相違を簡単に図示すると、図1のようになる。

図1 現代刑法と清代刑法の誤殺（錯誤による殺人）における発想の相違

【現代刑法の発想】



【清代刑法の発想】



清代と現代とでこのように発想が異なる根本的な原因は、思うに両者が関心を向けている対象が異なる点にあると考えられる。すなわち、現代刑法においては、何よりもまず当該行為が犯罪を構成するか否か（犯罪の成立）に主たる関心がある。裁判実務上は当然量刑についても重大な関心が向けられるであろうが、少なくとも刑法学上では、まず犯罪の成立が問題となり、量刑は犯罪の成立が確認された後で検討されるべき事項に過ぎない。現代刑法におけるそうした関心の下では、錯誤による犯罪における議論の中心もまた、本来異なった対象に向けられていた故意を「移転」させることが可能か（すなわち故意犯が成立するか）否かに置かれることになるのである。

一方清代刑法においては、律に規定された刑罰と、行政官が管轄下の人民に対して一般的に有していた懲戒権に基づく非刑罰的な制裁手段との境界がそもそも曖昧なため<sup>(40)</sup>、現代刑法のように犯罪の成立要件に関する議論にはあまり関心を抱かず、むしろ犯罪者に対してどのような（どの程度の）刑罰を科すべきか（すなわち量刑）に主たる関心があった<sup>(41)</sup>。そのため誤殺における議論においても、故意の「移転」が可能かどうか（故意犯が成立するかどうか）ではなく、発生した結果に対する量刑において、もともと犯意が別の対象に向けられていた（すなわち錯誤があった）ことを考慮すべきかどうか、また考慮するとしてそれをどの程度刑罰に反映させるかが中心となっていた。そのことが両者の相違となって現れているのであろう。

## 2 清代における錯誤論的（具体的符合説的）発想の存在



以上述べたように、清代刑法における誤殺の処罰法理は、その外形的な類似点の存在にもかかわらず、現代刑法における錯誤論とは、そもそも根底にある発想からして全く異なるものであった。しかしながらそうした誤殺の捉え方は、清代一般における主流的な見方であったことは間違いないとしても、個々の事例を詳細に検討してみると、時期あるいは人によっては誤殺の問題を現代の錯誤論と同様の発想で考えているのではないかと思料される例を見出すこともできる。そこで本節では、そうした清代においては「異端」とも言える誤殺理論の存在を窺わせる事例を二例ばかり紹介したい。

#### (1) 謀殺における造意者が実行行為を行っていない場合の誤殺処罰の問題

前稿でも少し触れたが、戲殺誤殺過失殺傷人条の附律条例中に、共犯形態の謀殺において誤殺が生じた場合の処罰規定が存在する。以下に引用するのがそれである。

人を謀殺しようとして、実行犯が誤って旁人を殺害した場合、犯罪の首謀者（造意者）を斬監候に擬し、実行行為を行った者の内、重傷を負わせて死亡する原因を与えた者、及び事情を知らず毒薬を購入した者は、杖一百流三千里とし、その他の共犯者は杖一百とする。凶器を持って傷を負わせ、その負傷に対する罪が流三千里よりも重い者については、その重い方の罪を科す。もし実行犯が別に恨みを抱き、機に乗じて旁人を殺害したのであって、錯誤によるのではないならば、それが事実であるか否かを調査した上で、実行者を謀殺の本律に照らして斬監候に擬し、造意者を「人を謀殺しようとしたが、未だ負傷させていない」の律に照らして徒三年に擬す。

〔謀殺人、以致下手之犯誤殺旁人、將造意之犯擬斬監候、下手傷重致死、及知情買藥者、杖一百流三千里、余人杖一百。若執持兇器、傷罪重於滿流者、從其重者論。如下手之犯另挾他嫌、乘機殺害、並非失誤者、審實將下手之犯、照謀殺人本律擬斬監候、其造意之犯、照謀殺人未傷律擬徒。〕<sup>(42)</sup>

この条例は、複数人で謀殺を計画し、なおかつ実行犯が当初意図した人物とは別の者を誤殺した場合に、実行行為の有無に拘らず首謀者（造意者）を斬監候に、実行行為を行った者の内で致命傷を負わせた者（および事情を知っていた毒薬を購入した者）を杖一百流三千里に、その他の共犯者を杖一百に擬律することを規定している。なお本条例の後半部分（「もし実行犯が別に恨みを抱き云々」以下の部分）は、誤殺に直接関係する規定ではな

いのでここでは論じない。

本条例によれば、共犯形態での謀殺に起因する誤殺において最も重く処罰されるのは、計画とは異なる人物を殺害した（すなわち誤殺した）ことに直接的な責任がある致命傷を与えた実行犯ではなく、実際に死亡した被害者とは別の人物の殺害を計画し主導した造意者ということになる。ところが、本条例は嘉慶十五年の修改にかかるものであり、それ以前の条例（原例）は以下のような規定を有していた。

人を謀殺しようとして、誤って旁人を殺害した事案において、もし造意者が手を下して旁人を死亡させたのならば、故殺律に照らして斬監候に擬し、従犯の内実行行為に加わらなかった者は、余人律に照らして杖一百、実行行為に加わった者は、杖一百流三千里に擬す。傷害の罪が流三千里よりも重ければ、当該傷害罪の規定によって定擬する。もし従犯が手を下して死亡させたのならば、死亡の結果が手足・他物・金刃によって引き起こされた場合には、手を下した者を「同謀して共に殴打し、下手して傷重く死亡させる」の律に照らして絞監候に擬す。火器および毒薬による場合には、なおそれぞれ該当する条文に照らして斬監候に擬す。造意者は「原謀は流に擬す」の律に照らして、その罪に一等を加え、附近充軍の刑罰に処する。

〔謀殺人而誤殺旁人之案、如係造意之犯下手致死者、照故殺律擬斬監候、為從不加功者、照余人律杖一百、加功者杖一百流三千里。傷罪重於滿流者、仍依本毆傷律定擬。若為從之犯下手致死者、係手足・他物・金刃、照同謀共毆下手傷重致死律擬絞監候。係火器及毒藥者、仍照本例擬斬監候。其造意之犯、照原謀擬流律加一等、發附近充軍。〕<sup>(43)</sup>

この改正前の条例においては、共犯形態の謀殺に起因する誤殺の事案について、造意者が旁人を誤殺した場合には、造意者が斬監候、加功した従犯が杖一百流三千里、不加功の従犯が杖一百に処せられ、一方造意者以外の者が旁人を誤殺した場合には、誤殺を引き起こした従犯を、用いた手段に応じて絞監候ないし斬監候に、造意者を附近充軍に擬することになっている。これは、共犯者の中で誤殺の直接的な原因となった者を最も重く処罰しようとする趣旨であり、誰が旁人を誤殺したかに拘らず常に造意者を最も重く処罰している修改条例とは対照的である。

ただこのことは、既にこれまで議論してきたように、謀殺を計画して人を殺害したがそれが当初意図した者とは別人であった（錯誤によるものであった）ということ、量刑に

どのように反映させるかについての方針に変化があったというに過ぎない。すなわち、原例においては従犯が旁人を誤殺した場合には、造意者の量刑においてそれが錯誤に基づくものであることが考慮されて刑の軽減が図られていたが、修改条例では造意者に対するそうした量刑上の配慮をしなくなったというだけのことであり、いずれにせよ、犯人の意図を出発点として故意犯が成立するのかそれとも過失犯が成立するに過ぎないのかを考える現代刑法の犯罪成立論中心の発想とは全く次元の異なる、量刑中心の発想に基づいているという点においては、原例も修改条例も本質的に異なる点はないと思われる。

ところで、この共犯形態による謀殺に起因する誤殺に関しては、清末期の著名な刑部官僚である薛允升がその著書『読例存疑』の中で、清律の代表的な私撰注釈書である沈之奇的『大清律輯註』に見られる次のような議論を引用し紹介している。

……例えば甲が造意し、乙・丙・丁・戊の四人と共謀して趙を殺そうとし、甲と戊とは犯行現場に赴かず、乙・丙・丁に夜道で趙が通るのを待ち伏せて殺害させようとしたが、誤って銭を殺傷してしまった。その際に乙・丙は直接手を下したが、丁は手を下していなかった。このような場合、……造意等の人については罪を論じないわけにはいかないが、もし謀殺の本法で処罰〔すなわち斬監候〕したのでは甚だ重過ぎるし、なおかつ誤殺律が人を謀殺しようとして旁人を誤殺した場合に『故殺を以て論ずる』と規定していることと符合しない。そもそも殺そうと謀ったのは趙であるが、実際に殺傷したのは銭であって、殺そうと謀った人ではない。したがって、謀議の内容はすでに実行されたが、殺傷自体については錯誤に属するので、造意の甲・直接手を下さなかった丁・現場に行っていない戊については、『人を殺そうと謀って、已に犯行には及んだが未だ負傷させるには至っていない』場合の規定によるべきものと思われる。思うに、殺そうと謀った人〔すなわち趙〕は確かに未だ傷を負ってはいないが、犯行に及んだ者は誤って〔別人の銭を〕殺傷したのであるから、どうして『已に行した』とならないことがあろうか云々。(傍線筆者)

〔……假如甲造意、与乙・丙・丁・戊四人、同謀殺趙、甲与戊不行、令乙・丙・丁夜伺趙于路而殺之、乃誤殺傷銭、乙・丙加功、丁不加功、……彼造意諸人、既難不論、若照謀殺本法、則太重、且与以故殺論不符。夫所謀者趙、殺傷者銭、非其所謀之人矣。其謀雖行、殺傷已誤、造意之甲、不加功之丁、不行之戊、似應照謀而已行未傷人之法。蓋所謀之人、原未受傷、而行者誤有殺傷、豈非已行者哉云々。〕<sup>(44)</sup>

この輯註の議論は、不行・不加功・加功が混在する共犯の謀殺において、錯誤が発生した場合の処罰について、具体的な事例を設定して論じたものであるが、この沈之奇の説に対して薛允升は、「架空の議論ではあるが、その結論は非常に妥当である（雖係空發議論、究亦論斷允協）」と、肯定的な評価を与えている。ここで重要なことは、造意者の処罰に関する『輯註』の結論が、先に引用した原例および修改条例のいずれとも異なり、現代刑法の錯誤の場合と同様に、犯人の意図から出発して罪責を問う発想を採っているように思われる点である。すなわち『輯註』は、造意者たる甲はそもそも趙某なる人物を謀殺する意図で犯罪を計画したのであるが、実行犯である乙等によって実際に殺傷されたのは銭某なる別の人物であることから、甲の犯意という視点から考えれば、甲は趙某を殺害する意図で実行行為に着手したが、趙某に対しては傷害すら負わせておらず、したがって「人を謀殺しようとして実行行為に着手したが未だ負傷させていない」の律に処すべきであると主張しており、これは現代刑法の錯誤論、とりわけ犯人の意図と実際の結果との間に具体的な一致がなければ故意犯の成立を認めない（すなわち、単に「人」を殺害しようとして「人」を殺害したという程度の一致では不十分で、「A」という人を殺害しようとして実際に「A」という人を殺害したというような具体的な一致が必要）とする具体的符合説の発想に極めて近い考え方である<sup>(45)</sup>。ここから明らかなように、清代においても行為者の意図から出発する現代刑法の錯誤論と同様の発想に基づいて誤殺の問題を考察しようとし、またそのような見解に対して賛意を表明する人も存在したことは注目に値しよう。

## (2) 潘氏一案の存在

前述した清代における錯誤論的発想（より厳密に言えば具体的符合説的発想）に基づく誤殺論の存在は、単に私人の一解釈というレベルに止まらず、ある特定の時期には限定されるが、実際の裁判実務においても見られる現象であった。第二章第二節で指摘しておいた潘氏一案がそれである。本事案の概要は以下のとおりである。

潘氏は前夫との間に生まれた第三子の阿三を自分の兄である楊応潘の所へ養子に出していたが、阿三を呼び戻して後夫である李松と同居させようとした。ところが阿三は、「自分は楊家に育ててもらった恩義があるので、いまさら李家に行くことはできない」と言っ

て拒否したため、怒った潘氏は石を拾って阿三に投げ付けたところ、不意に萬文秀が門内

から走り出してきたため、石が萬文秀の腹部に命中し、二日後に死亡してしまった。<sup>(46)</sup>

この事案に対して刑部は、誤殺律（因闘毆而誤殺旁人律）や過失殺律を引用しつつ、父母が実の子を殴打しようとして旁人を誤殺した場合の処罰規定が存在しないことを指摘した上で、潘氏が子に石を投げ付けた行為は、「人と相争って闘毆した」とは言えず（すなわち、「闘毆によって旁人を誤殺する」の律には合致せず）、かつ門内に萬文秀がいるのを知らず、たまたま走り出してきた石に当たり死亡したのは、「初めから人を害しようとする意図がなく、偶然に殺傷してしまった」という過失殺律の注釈と符合するとして、潘氏に過失殺律を適用した貴州総督張広泗の原擬に同意し、事案はそのとおりに完結している。

本件は乾隆二年の事案である<sup>(47)</sup>が、第二章第二節で既に明らかにしたように、清代においては本件のような子を害しようとして凡人を誤殺した事案に対しては、誤殺律を適用して絞監候に擬した上で、せいぜいそこから一等が減じられて杖一百流三千里に処せられるのが通例であり、過失殺律が適用されている事案は、管見の及ぶ限りでは潘氏一案以外には見られない。そして、潘氏に過失殺律を適用する理由として刑部は、「『初めから人を害しようとする意図がなく、偶然に殺傷してしまった』という過失殺律の注釈と符合する」ことを挙げているが、これはまさに前出の『大清律輯註』と同様の発想（行為者の意図を出発点とする発想）に基づく議論であると思われる。すなわち刑部の議論の根底には、潘氏の意図は自分の子を害しようとするににあったわけであり、それとは別人の（具体的に一致しない）萬文秀に関していえば、それは「初めから害しようとする意図」がなかったことになるが故に、故意犯ではなく過失犯が成立するという、客体間の具体的な一致を必要とする今日の具体的符合説と同様な発想が存在しているものと推察されるのである。

### 3 なぜ錯誤論的（具体的符合説的）発想が主流とならなかったのか

以上述べたように、清代においても現代刑法学の錯誤論（とりわけ具体的符合説）と同様の発想に基づいて誤殺の問題を考察し、あるいは実際の事件処理を行っている事例が存在したけれども、それは前稿および本稿で明らかにしたように、清代における主流の考え方となることは決してなかった。なぜそのような発想が清代において主流とならなかったのかについては、その理由を明言している史料が存在しないため、推測するより他に方法はないが、私見では、概ね以下に述べる二つの理由があったのではないかと考えている。

清代刑法における誤殺の処理に関して具体的符合説的な発想を採りづらかった第一の原因として、誤殺律の規定内容という形式的な理由を挙げることができよう。すなわち、誤殺律においては、闘毆によって旁人を誤殺した場合には闘殺律によって、また謀殺・故殺によって旁人を誤殺した場合には故殺律によって処罰すると規定し、あたかも現代刑法学における法定的符合説(親属の誤殺のような抽象的事実の錯誤における処理を見ていると、むしろ抽象的符合説に近いと言えるかもしれない)の如く、故意犯の成立に関して、当初意図していた被害者と実際の被害者との間の具体的な一致を必ずしも求めない規定構造となっている。清代における最も根本的な裁判規範である律の規定がそのようになっている以上、当時の司法官僚達が裁判実務において具体的符合説的な発想で誤殺事件の処理を行うことに強いためらいを感じたであろうことは想像に難くない。

具体的符合説的な処理が主流とならなかった第二の原因は、より実質的な理由、すなわち清代の刑法理論構造そのものの中に求めることができよう。具体的に言えば、それはさらに清代刑法における一般的未遂処罰法理の不存在という問題と、過失殺律に内在する問題という二つの論点に帰着することになる。

例えばAを殺害する意図で実行行為に着手したが、因果的なやり損ないによってBという別人を殺害してしまった場合(すなわち方法の錯誤の場合)、具体的符合説に従えば、Aとの関係においては、実行の着手はあったが、実行行為が完了していない(実行行為自体はBに対して完結している)ため、殺人未遂罪(着手未遂)が成立し、一方Bとの関係においては、犯人の故意内容はあくまでも「Aという人物を殺害する」ことであり、実際に死亡したのはBという別人であるので、そこには故意内容との具体的一致が見られず、したがって故意殺人罪ではなく過失致死罪が成立するに止まる。Aに対する殺人未遂罪とBに対する過失致死罪という二つの罪名は、同じ一個の行為から生じたものであるため、両者は観念的競合となっていていずれか重い方の罪(通常は殺人未遂罪)が成立することになる<sup>(48)</sup>。

翻って、清代において具体的符合説的な発想に基づいて誤殺事案を処理しようとした場合、想定された被害者に対する殺人未遂罪と実際に殺害された被害者に対する過失殺との観念的競合となるけれども、ここで未遂罪を処罰するための一般的な法理が清代刑法には存在しないことが問題となる。周知の如く、清律には未遂犯に対して如何なる処罰を行うかを

一般的に規定した総則的な規定は存在せず、例えば謀殺律のように各則において個別的に未遂犯処罰を規定しているものが存在するに止まる。したがって、事前にAを殺害する計画を立てて実行行為に着手したが、因果的なやり損ないによって別人のBを誤殺した（すなわち、謀殺に起因する誤殺）の場合であれば、謀殺律の着手未遂に関する規定<sup>(49)</sup>を犯人に適用することも可能であるが、俄かに殺意を催した場合や暴行・傷害の故意に止まった場合（すなわち、故殺に起因する誤殺および闘毆に起因する誤殺の場合）には、それを処罰するための正条が律例内には存在しない<sup>(50)</sup>。

Aに対する殺人の着手未遂罪での処罰が不可能だとすると、後はBに対する「過失殺」を問うより他に方法はないことになるが、その場合にも清代刑法においては問題が発生する。それは主として以下の二つの理由による。

第一の理由は、過失殺に対する刑罰が極端に軽いためである。清代における過失殺の刑罰は、「贖銀十二兩四錢二分の支払い」に過ぎない<sup>(51)</sup>。確かに我々の現行刑法においても、通常の過失致死罪（刑法二一〇条）の法定刑は五十万円以下の罰金という軽いものであって、清代の過失殺のそれとそう大差はない。しかしながら、現行日本刑法の場合、故意殺人罪の法定刑は「死刑又は無期若しくは三年以上の懲役」であるのに対して、清代においては故意の殺人罪は原則死刑であったこと、また、清代刑法において特定の行為類型を持った一連の「故意なき殺人」の罪名（それらは現代日本刑法においては過失致死罪と認識されるであろうものであった）の法定刑がおおむね杖一百流三千里ないしは杖一百徒三年であった<sup>(52)</sup>ことを考慮すれば、清代の過失殺が他の罪名との比較において破格に軽いものであったことが理解できよう。

さらに言えば、現行刑法においては、方法の錯誤による殺人の場合に、仮に具体的符合説の立場に立ったとしても、本来想定していた被害者に対する殺人未遂罪で処罰することが可能であるので、過失致死罪の法定刑が軽いこと自体は、錯誤の事案に限って言えばあまり問題とはならない。ところが先に指摘したとおり、清代刑法では必ずしも殺人未遂罪で処罰することができないため、この過失殺における刑罰の極端な軽さは、誤殺事案において具体的符合説的解決方法を採用した場合に、妥当な結論を得られない原因の一つとなり得るものであった。

第二の理由は、過失殺の適用範囲に問題があったからである。清代刑法における「過失」



という概念に関しては、中村茂夫氏の研究<sup>(53)</sup>が夙に著名であるが、それによると、清律の「過失殺傷」という罪名は、現代日本刑法のように殺意なく不注意によって人を殺傷に至らしめた場合全般に適用されるものではなく、「正常な事由のある行為から、たまたま人を殺傷するという被害が発生した時に」初めて適用されるものであった<sup>(54)</sup>。誤殺事案の場合、旁人を過失殺するに至る先行行為は、他の人物（想定された被害者）を害しようという意図の下で行われているのが普通であるため、到底「正常な事由のある行為」とは言えず、したがって清代の法理からすれば過失殺が適用される余地は皆無であったと思われる。

もっとも、この過失殺の適用範囲の問題に関しては、若干注意を要する点がある。それは、清代における過失殺の適用が中村氏が明らかにした如く極めて限定的な状況に制限されていたのは、主として清代中期（嘉慶朝か、ないしはせいぜい乾隆朝）以後の話であって、清代の初期では多少事情が異なっていた可能性があることである。中村氏の過失殺に関する考察結果は、多数に及ぶ過失殺ないしは過失殺に似て非なる事案の詳細な判例分析から帰納的に導き出されたものであるが、中村氏が史料としたのは主として『刑案匯覽』（『続増刑案匯覽』を含む）といった嘉慶期以降の成案を収録した判例集であり（但し、一部『例案続増全集』や『駁案新編』といった乾隆期の判例集も使用している）、そこから帰納的に導き出された結論は、清代中期以降の過失殺に関しては正確に当てはまるとしても、それ以前においても同様であったことを直ちに保証するわけではない。それに加えて、以下に引用する康熙四十六年の銭考一案や乾隆八年の陳二狗一案は、清代初期には過失殺の適用状況が後代とは若干異なっていたことを窺わせる格好の史料となるであろう。

#### 〔銭考一案〕

金從雲とその兄の金陸森は、蕩柴を銀六両で銭考に売却したが、銭考は銀二両銭一千文を支払っただけで残りの代金が未納であったことから、彼らは蕩柴を別人に売却したため、銭考は莊公發等にそのことを訴え出た。そこで莊公發は陳弘川の家に彼らを集めて話し合いをし、金陸森に対して一両の利子を付けて受け取った代金を銭考に返還するよう求めたが、金陸森は承知せず、銭考と言い争いになった。その時金從雲が兄を護ろうと前に進み出てきたところを、銭考が手で推して金從雲の右脇腹を負傷させ、さらに金從雲は仰向けに倒れて戸の敷居に背中を打ち付けて重傷を負い、十八日後に死亡してしまった<sup>(55)</sup>。

〔陳二狗一案〕

陳二狗は全亜六が豚の足を投げつけてきたことに腹を立てて争いになった。全亜六は拳で陳二狗を殴打したが、陳二狗は未だ殴り返すことはしなかった。ついで全亜六は陳二狗に抱き着いて離れなかったため、陳二狗は逃れようとしたところ、二人一緒に堤の上から足を滑らせて、下の池に転がり落ちてしまった。陳二狗は何とか岸边に掴って這い上がることができたが、全亜六は池の中央に落ち、しかも酒に酔っていたため岸に這い上がることができず、死亡してしまった<sup>(56)</sup>。

これら二つは、いずれも現行日本刑法の下では過失致死罪が適用されるであろうと推定される事案である<sup>(57)</sup>が、中村氏が明らかにした清代中期以降の状況下では、恐らくは過失殺ではなく闘殺が適用されていたであろうと思われる。なぜならば、中村氏も著書の中で指摘しているように、清代中期以降においては、「立腹して引っ張り出したのも、興奮して押し戻そうとしたのも、いずれも『闘殺』にあたるとされた」のみならず、「殴打したのではないことはもとより、殴ろうとしたというのでもない場合であろうと、例えば、相手の制止を聴き容れず口論をしたなど、仮にも何ほどのいさかいがあれば、『已有争角（争闘）情形（すでに争角（争闘）の情形あり）』とされること」があったためであり<sup>(58)</sup>、したがって、代金の支払いをめぐる言い争いをしているとか、殴り合いの喧嘩をしている等といった「已有争角（争闘）情形」がある行為が引き金となって人の死が発生したこれらの事案が清代中期以降に発生していたとすれば、過失殺が適用される可能性はほとんど皆無であったと思われる。しかるに実際には、上記二事案いずれに対しても過失殺が適用されていることから、清代初期の過失殺に対する認識は、清代中期以降のそれとは異なっていたことが窺えよう。ただ、この過失殺の問題は本稿の主題から外れるため、これ以上詳論することは避け、いずれ稿を改めて検討することとし、ここでは清代における過失殺の適用に関して、時期によって変遷があった可能性を指摘するに止めておきたい。

以上述べたような理由から、清代における誤殺事案の処理において、具体的符合説的発想に基づく処罰が主流とはならなかった（なり得なかった）のだとすれば、ではなぜ潘氏一案においては具体的符合説的な処理が行われたのであろうか。思うにそれは、潘氏一案の発生年代や事案の具体的情状において、具体的符合説的な処理を行うのに有利な条件がたまたま揃っていたためであると推測される。すなわち、第一に潘氏一案の情状が比較的

軽かったことが挙げられる。潘氏は自分に逆らった息子に向かって石を投げ付けたのだが、その行為自体決して褒められたものではないけれども、社会通念上は容認し得る行為であるので、そこから思いがけず旁人を殺害してしまった行為に対して過失殺律を適用して収贖としたとしても、その時期の量刑感覚からすればそれほど大きな違和感が感じられなかった<sup>(59)</sup>ことが有利に働いたのではなかろうか。また第二の点として、先に指摘したとおり、潘氏の事案が起きた乾隆朝の初め頃は、過失殺律の適用範囲が後代ほどには制限されていなかった可能性を挙げることができる。これら二つの条件が重なったが故に、潘氏一案では具体的符合説的な処理がたまたま可能だったのであろう。しかしながら、時代が下るにつれてこれら二つの条件が次第に失われて行き、その結果、誤殺事案における具体的符合説的な処理方法は、法実務上主流となることなく消滅していったものと思われる。

#### 四 おわりに

これまで述べてきたように、清代における誤殺の処罰法理の背景にある発想が、現代刑法学の錯誤論とは全く次元の異なるものであったとする前稿の結論を、本稿においても再度確認することができた。しかしながら一方で、一部とは言え、現代刑法学の錯誤論と同様な発想でもって誤殺の問題を捉えていた人々が清代にも存在していたことは注目に値しよう。彼らは、犯人の行為がもたらした外形的な結果だけではなく、犯人の主観的な意図にも十分な注意を払うことによって、今日の近代的刑法理論にも相通するような、より徹底した責任主義志向の法理論を念頭に置いていたように感じられる。ただ、唐律以来その本質的な部分をほとんど変えることなく連綿として受け継がれてきた清朝の基本法典には、こうした近代的刑法理論へとつながる可能性のある通路の入り口に立っていた彼らの思考様式を受け入れる余地などなく、法実務において消滅への途をたどることとなった。

本稿では「刑罰軽減事由としての誤殺」という、従来とは若干異なる誤殺観を提示しておいた。ただ、そうした見解により説得力を持たせるためには、具体的に誤殺がどの程度の刑罰軽減事由として機能したのか、またそれが清朝の各時代でどのように変遷していったのか等、検討すべき論点はなお多く残されているが、それらについては今後の課題とし、ひとまず本稿を終えることとする。

注

- (1) 『大清律例彙輯便覽』(台湾成文出版社影印本、以下『大清律例』と称す) 卷二六刑律人命門、戲殺誤殺過失殺傷人条。なお、本稿に引用されている各条例の番号は、この版本に記載されている条例の配列に沿ったものであるので、他の版本とは若干異なる可能性もあることを付言しておく。
- (2) 拙稿「清律誤殺初考」(梅原郁編『中国近世の法制と社会』(京都大学人文科学研究所)、一九九三年、所収)。以下、「前稿」と称す。
- (3) 『大清律例』卷五、名例律下、本条別有罪名条。
- (4) 『大清律例』卷二八、刑律鬪毆下、毆期親尊長条「凡弟妹毆(同胞)兄姉者、……死者(不分首從)皆斬云々」。
- (5) 『成案彙編』卷二「誤傷胞叔致死依凡論并援赦案」。
- (6) 『成案統編』卷一一「誤殺親叔照犯時不知依凡論案」。
- (7) 前稿五六七頁以下参照。
- (8) 例えば、夜間に田地の見張りをしている際に、いどこ(大功服兄)を盜賊と間違えて毆死してしまった乾隆三十年の王仁極一案(『駁案新編』卷三「四川司……平武縣民王仁極、毆傷大功服兄王殿一身死、匿不報驗一案」)や前稿でも紹介した嘉慶十二年の劉幅~~現~~一案(前稿五八一頁注(79)参照)のように、疑賊斃命の場合にはかなり後の時期まで犯時不知律が適用されていた。
- (9) 先に引用した犯時不知律が適用されている事例の発生年代が雍正朝の終わりから乾隆の初めの極短期間に集中しており、しかもその時期は本稿末尾の表一から分かるように、次節で述べる親属の誤殺処理に関する一般原則に適合した事案が見当たらない「空白の時期」の該当することから、犯時不知律の適用に関するこうした取り扱いは、当該時期にのみ見られる一時的現象であった可能性が高い。
- (10) 原文には「集註」とあるが、以下に引用されている文章が『大清律輯註』の記述と一致することから、「輯註」の誤記であると思われる。
- (11) 『刑案匯覽』卷三二「湖広司、謹查集註云、誤故毆之誤殺、皆言凡人云々、嘉慶七年說帖」。
- (12) 『刑案匯覽』卷三二「吉林將軍咨、尹方興故殺伊妻趙氏、並誤殺妻之胞姉邸趙氏各

身死一案……道光四年奉天司說帖」。

- (13) 『大清律例』卷二八、刑律鬪毆下、毆期親尊長條例五。『光緒會典事例』卷八一二一四。
- (14) 『大清律例』卷二八、刑律鬪毆下、毆大功以下尊長條、「凡卑幼毆本宗及外姻<sup>總</sup>麻兄姊……篤疾者絞、死者斬（絞斬、在本宗小功・大功兄姊、及尊屬則決、余俱監候云々）」（傍点筆者）。
- (15) 『光緒會典事例』卷八〇五一三。
- (16) 馬建石他編『大清律例通考校注』（中国政法大学出版社、一九九二年）八〇三頁。
- (17) 『成案彙編』卷二一「謀殺人誤毒小功服孀擬斬監候案」。
- (18) 『大清律例』卷二八、刑律鬪毆下、毆大功以下尊長條、「凡卑幼毆本宗及外姻……小功兄姊杖六十徒一年……尊屬又各加一等……死者斬（……不言故殺者、亦止於斬也）云々」。
- (19) 雍正二年に発生した、小功の堂弟を殴ろうとして小功の叔祖母を誤殺した事案である楊道虎一案（『成案彙編』卷二〇「誤毆小功祖母致死援案擬斬監候案」。）においては、犯人に対して「小功の尊長を毆死する」の律を適用して斬立決に擬律した上で、皇帝の特旨によって斬監候に減刑するという、先に述べた尊長誤殺事案に対する原則的な処理が行われている。
- (20) 『成案彙編』卷一九「故殺親子而誤殺旁人減流伊子仍照過失殺父母比案」。
- (21) 事案の概要からすれば、張氏は李際安を「謀殺」しようとしていたのであるから、「人を謀殺しようとして旁人を誤殺する」の律を適用するのが適当であるように思われるが、史料中に現れる適用条文は本文に示したとおりである。その理由は不明であるが、いずれにせよ法定刑は両者ともに斬監候であって、実質的には差はないと言える。
- (22) 『大清律例』卷四、名例律、工樂戶及婦人犯罪條、「……其婦人犯罪、……若犯徒流者、決杖一百、余罪收贖」。
- (23) 『成案彙編』卷二一「欲殺己子誤殺堂弟仍擬絞案」。
- (24) 『大清律例』卷二八、刑律鬪毆下、毆大功以下尊長條「……尊長毆卑幼、……至死者、絞（監候。不言故殺者、亦止於絞也）云々」。

- (25) 前掲注(11)参照。
- (26) 『刑案匯覽』卷三二「広西司、査黄韋氏用毒酒謀害違犯教令之子黄経元云々、嘉慶十六年説帖」。
- (27) 『刑案匯覽』卷三二「山東司、査宋邁遷因女宋橋妮与吳士太通姦云々、道光二年説帖」。
- (28) ただし、劉曾氏は八十歳以上であることから刑の執行が免じられ、また黄韋氏には婦人收贖律が適用され、さらにそれとは別に埋葬銀四十両の支払いが命じられる等、最終的な処分は各々の事案で微妙に異なっている。
- (29) 『刑案匯覽』卷三二「陝撫題、鍾世祥擲打伊子、誤傷孫泳幅子身死一案、……道光四年通行已纂例」。
- (30) 『大清律例』卷二六刑律人命門、戲殺誤殺過失殺傷人条例二〇。
- (31) 前稿五七〇頁以下参照。
- (32) 『刑案匯覽』卷三二「晋撫咨、李必素謀毒李会明、誤毒李二子等三人、傷而未死一案……嘉慶十年説帖」。
- (33) 『大清律例』卷二六、刑律人命、謀殺人条「凡謀（或謀諸心、或謀諸人）殺人、……若謀而已行、未曾傷人者、（造意為首者、）杖一百徒三年云々」。
- (34) 同前、「凡謀（或謀諸心、或謀諸人）殺人、……若傷而不死、造意者絞（監候）云々」。
- (35) 『大清律例』卷二七、刑律鬪毆上、鬪毆条「凡鬪毆、……若（毆人）血從耳目中出、及内損（其臟腑而）吐血者、杖八十云々」。
- (36) 『大清律例』卷五、名例律下、二罪俱發以重論条「凡二罪以上俱發、以重者論、罪各等者、從一科断云々」。
- (37) 実行未遂（終了未遂ともいう）とは、犯罪の実行に着手し実行行為もすべて完了したが、何らかの事情により結果が発生しなかった場合をいう。例えば、人を殺害しようとしてピストルを撃ったが、命中しなかった（あるいは命中したが死亡するには至らなかった）場合等がこれに該当する。
- (38) 着手未遂（未終了未遂ともいう）とは、犯罪の実行には着手したが、実行行為が全部終了する以前に何らかの事情により結果が発生しなかった場合をいう。例えば、人を殺害しようとしてピストルの引き金を引いたが、故障で弾丸が発射されなかった場

合等がこれに該当する。

- (39) ちなみに原審である山西巡撫は、李会明に対する謀殺の故意を李<sup>必</sup>蔡等に対しても「移転」できると考えて、李<sup>必</sup>蔡に「人を謀殺しようとして、負傷させたが死亡するに至らなかった」の律を適用しており（ただし法定刑から一等を減じた上で擬律している）、図らずも現代刑法学の錯誤論的な発想（法定的符合説的発想）に基づいて原擬を作成しているように思われるが、それは刑部の容れるところとはならなかった。
- (40) 滋賀秀三氏によれば、清代においては、「一般に地方長官は、体罰や身柄の拘束などを、<sup>7</sup>法的根拠を示すことなく自己の裁量によって課する権限をもっていたのであり」、特に「法に照らして、もともと笞・杖・枷号の刑にしか当たらない軽い悪事については、すでに述べたように、殊さらに法規的根拠に神経を使うことなく、適宜に右掲の諸手段（最高枷号までの各種体罰、取調中の身柄の拘束、罰金、叱責等——筆者注）で懲らしめて済ますのが常であった」。滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、一九八四年）一八一頁および二四八頁参照。
- (41) 滋賀前掲注（40）書七五頁参照。
- (42) 『大清律例』卷二六、刑律人命、戲殺誤殺過失殺傷人条例一〇。
- (43) 『光緒会典事例』卷八〇五一八。
- (44) 胡星橋・鄧又天主編『読例存疑点注』（中国人民公安大学出版社、一九九四年）五九五頁。引用元については、沈之奇『大清律輯註』卷一九、刑律人命、戲殺誤殺過失殺傷人条の按語参照。
- (45) ただし、具体的符合説においては、方法の錯誤（乙等実行犯においては客体の錯誤であっても、甲等現場に行っていない者においては方法の錯誤となる）の場合には、当初意図した被害者に対する着手未遂罪が成立すると同時に、実際の被害者に対しては過失犯が成立することになる（両者の観念的競合になる）が、『輯註』は甲の銭某に対する過失殺傷罪の成立については何ら言及していないため、『輯註』の見解が現代刑法学における具体的符合説と完全に一致するものであるか否かは不明である点に留意する必要がある。
- (46) 『成案彙編』卷一九「嫁母拾石擊子誤傷旁人照過失殺定擬案」。
- (47) 前掲注（46）所引の資料中には発生年の記述はないけれども、劉曾氏一案（前掲注



- (11) 参照)の中で乾隆二年の先例として言及されている。
- (48) Aを別人のBであると誤認して殺害した場合(すなわち客体の錯誤の場合)には、動機において錯誤は見られるものの、「(Bであると誤認した)Aという人物」を殺害しようと意図して、実際にその人物を殺害したわけであるから、犯人の認識内容と結果との間に具体的な一致が認められるため、具体的符合説の立場に立っても故意犯の成立は認められることになる。
- (49) 前掲注(33)参照。
- (50) 実行行為自体は完了したが、死という結果が生じなかった場合(すなわち実行未遂)であれば、傷の程度に応じた傷害の罪で処罰することは可能であるが、負傷にすら至っていない着手未遂では、それすらも不可能である。
- (51) 『大清律例』卷二六刑律人命、戲殺誤殺過失殺傷人条例二。
- (52) 例えば、正当な理由なく人の居住する家屋に向かって弓を射たり石を投げたりして、その結果人を死亡させる「弓箭傷人致死」罪(『大清律例』卷二六、刑律人命、弓箭傷人条)や正当な理由なく街中で車馬を疾走させて、その結果人を死亡させる「車馬傷人致死」罪(同、車馬殺傷人条)の法定刑はいずれも杖一百流三千里であり、人里離れた場所で目印を立てずに動物捕獲用の罟を仕掛け、その結果人を死亡させる「窩弓傷人致死」罪(同、窩弓殺傷人条)の法定刑は杖一百徒三年であった。
- (53) 中村茂夫『清代刑法研究』(東京大学出版会、一九七三年)第一章「過失の構造」。
- (54) 前掲書一四七頁以下参照。
- (55) 『例案全集』卷二二「無心致死比照過失殺收贖」。
- (56) 『成案彙編』卷一八「互毆同跌下塘溺死照過失殺收贖案」。
- (57) もっとも錢考一案の方は、金從雲を手で推したのがどのような形で、どの程度の力を加えたのか等、その状況如何によっては傷害致死罪が適用される可能性もないわけではない。
- (58) 前掲注(53)書七一頁以下参照。
- (59) 筆者は以前清律の留養条に関する一連の研究を公表したことがあるが(拙稿「清律『犯罪存留養親』条考(一)(二・完)」(『金沢法学』)、同「清律『犯罪存留養親』条補考(一)(二・完)」(『金沢法学』))、その過程で得られて知見として、清代初期

は後の時期と比較して、全般的に刑罰がやや緩やかであったのではないかと印象を受けた。この点更なる検討が必要であるが、別稿に譲りたい。

表一 親属(子への侵害に起因する事案を除く)に関わる誤殺(傷)事案一覧

No.	事件名	完結年	発生	事件の概要	主観的対象者	実際の被害者	適用条文等	刑罰	備考	出典
1	王国軒一案	康熙29年	不明	自分および父親に反抗したおいを殴ろうとして誤って兄を殴り死なせてしまった。	期親の卑幼	期親の尊長	適用条文は不明。兄を殴る意図はなく、情状に赦すべき点があるとして死一等を減するが、「誤傷」であるということと皇帝の旨による再議の結果、根拠の詳細は不明であるが、「誤傷」であることを重視して刑を軽減	杖一百流三千里+埋葬銀二十両	当初の意図が、叔父や父に反抗した卑幼を殴ることにあった点が減刑に影響した。本来は闕殴而誤殺旁人律により、殴死伯叔父母律を適用して斬立決になるべき事案(当初の結論はそのよう	全集 巻22
2	黄公從一案	康熙36年	不明	叔母を誤殺した(詳細は不明)。	不明	期親の尊長		斬監候		全集 巻22
3	孫小龍一案	康熙41年	浙江省	大功服の堂弟を殴ろうとした際に、大功服の堂兄が救援に駆けつけ、武器の槍を取り上げようとして揉み合っているうちに、誤って大功服の堂兄を刺し殺してしまった。	大功の卑幼	大功の尊長	九卿會議の議により大功の堂兄を闕殺した罪(斬立決)より若干減等(根拠条文不明)	斬監候		全集 巻22
4	劉玉節一案	康熙46年	江西省	父を護る目的で、父と論争していた卑幼の親属を殴ろうとしたところ、大功の堂兄を誤って傷つけ死なせてしまった。	卑幼	大功の尊長	基本的に因闕殴而誤殺旁人律を適用するが、救父の目的であることを考慮して死一等を減する	杖一百流三千里+埋葬銀二十両	救父の情を考慮しなければ、大功兄を殴死する罪(殴大功以下尊長条)がそのまま適用されて斬立決となった。刑部の結論は、律の規定通りに、闕殴而誤殺旁人律により、殴死小功尊長律を適用して斬立決に擬律するというものであったが、雍正帝の論旨により左記の結論に改め	全集 巻22
5	楊道虎一案	雍正2年	直隸省	幼い異母弟を殴ろうとしていた小功の堂弟に腹を立て、棍棒で殴ろうとしたところ、誤って小功の叔祖母を殴り死なせてしまった。	小功の卑幼	小功の尊長	黄公從一案を援用	斬監候		彙編 巻20
6	汪其淵一案	雍正5年	河南省	妻を殴打しようとして、誤って妻の母を殴り死なせてしまった。	妻	妻の母	因闕殴而誤殺旁人律により、殴死妻之父母律(斬監候)を適用するが、原傷が軽く、破傷風によって死亡したことを理由として減等	杖一百流三千里+埋葬銀二十両		彙編 巻21
7	吳知一案	雍正6年	福建省	兄嫁を刺そうとして誤って母親を刺して死なせてしまった。	小功の尊長	母	子殺父母律	凌遲処死	誤殺律が適用されたのか、直接本律が適用されたのか、No.17の集結武一案に言及	彙編 巻21
8	謝英豪一案	乾隆3年	広東省	財産の乗っ取りを企てて小功の再従弟を毒殺しようとしたところ、誤ってその母親(小功のお婆)を毒殺してしまった。	小功の卑幼	小功の尊長	謀殺人而誤殺旁人律に擬律した上でその可否を皇帝に委ねる	斬監候	されている定例によって処理されているように思われる。そうであれば、すでにこの時点で定例が成立していたこと	彙編 巻21
9	李璣一案	乾隆4年	山西省	離婚を迫る妻を毒殺しようとして、誤って一家にあらざる三名を誤殺した。	妻	凡人	謀殺造意律	斬監候	本来の被害者を殺害した場合と同じ罪名を科している。	彙編 巻18
10	劉興寿一案	乾隆4年	福建省	人と争っている際に、誤って叔父を殴打し死なせてしまった。	凡人	期親の尊長	因闕殴而誤殺旁人律により、殴叔父至死律を適用して斬立決とするが、誤殺である点を考慮して軽減	斬監候	乾隆初期における近親尊長の誤殺の取り扱いはいは、ほぼこの事案のとおりとなっていたようである。	彙編 巻21
11	郭奇一案	乾隆4年	四川省	大功の堂兄を殴打しようとして、誤って叔父を殴り死なせてしまった。	大功の尊長	期親の尊長	因闕殴而誤殺旁人律により、殴叔父至死律を適用	斬立決	皇帝の論旨は「九卿議奏せよ」であるので、最終的な結論は不明。	彙編 巻21

12	張棟一案	乾隆4年	山西省	妻を刺して負傷させた上、さらに誤って仲裁に入った継母を負傷させた。	妻		継母	因闘毆而誤殺旁人律により、子孫毆祖父母母律(斬立決)を適用	(九卿議奏)	九卿會議で減刑された可能性が高い。	彙編 卷21
13	趙栄一案	乾隆5年	直隸省	自分にたてついていた妻に腹を立てて殴りかかったところ、争いを止めに入った叔父を殴り死なせてしまった。	妻		期親の尊長	闘毆傷人限外本傷身死減流例	杖一百流三千里	犯人の意図が妻を殴打することであり、叔父を殴打するつもりがなかったという点も減刑の要因となっている。	彙編 卷21
14	王起燾一案	乾隆5年	福建省	いとこと争っている際に、いとこの助太刀に來た堂姪を殴ろうとして、誤って叔父を殴り死なせてしまった。	小功の卑幼		期親の尊長	因闘毆而誤殺旁人律により、毆叔父至死律を適用して斬立決とするが、誤殺である点を考慮して輕減	斬監候		彙編 卷21
15	林子忠一案	乾隆6年	福建省	おいを殴ろうとして、誤ってその父である胞兄を殴り死なせてしまった。	期親の卑幼		期親の尊長	毆死胞兄律(斬立決)から減輕	斬監候		彙編 卷21
16	曾応観一案	乾隆7年	福建省	大功の堂兄を殴り死なせてしまった。誤って伯父を殴り死なせてしまった。	大功の尊長		期親の尊長	姪毆伯父至死律	斬立決	誤殺律は適用されず、直接闘毆の本律が適用された模様	彙編 卷21
17	葉紹武一案	乾隆10年	広東省	大功のおいと争っている内に、誤って大功の堂兄を死なせてしまった。	大功の卑幼		大功の尊長	不明	不明	「定例では小功以下の尊長を誤殺した場合には、誤殺律に依り絞監候に、大功以上上の尊長を誤殺した場合に上は、闘毆本律により斬立決に擬す」との興味深い記述が見られる。	彙編 卷20
18	蕭炎一案	乾隆13年	福建省	弟を追いかけて殴り死なせようとしたところ、丁度入れ違いに向こうからやってくる叔父を弟と誤認して殴り死なせてしまった。	期親の卑幼		期親の尊長	九卿會議の議により、「尊長を干犯しようとした情状はなにより姪毆期親伯叔父母律(斬立決)から未減	斬監候		成統 卷11
19	林亜胡一案	乾隆15年	広東省	不遜な態度を取った妻を殴り死なせようとしたところ、仲裁のためにやって來た大功の堂兄に誤って命中し死亡させてしまった。	妻		大功の尊長	九卿會議の議により、「尊長を干犯しようとした情状はなにより姪毆大功兄姉律(斬立決)から未減	斬監候		成統 卷11
20	朱元欽一案	乾隆17年	四川省	自分の子が借りた借金の返済をめぐりいざこざが原因となつて、貸主である大功の堂弟に向かつて柴塊を投げたところ、たまたま通りかかったおばに命中し死亡させた。	大功の卑幼		期親の尊長	九卿會議の議により、「尊長を干犯しようとした情状はなにより姪毆期親伯叔父母律(斬立決)から未減	斬監候		成統 卷11
21	李発身一案	乾隆59年	直隸省	人を毒殺しようとして、誤って母の継母を毒殺してしまった。	凡人		継母	在堂繼母之父母有犯謀故殺例(詳細不明)	斬立決		匯覽 卷42
22	敖茂文一案	嘉慶8年	貴州省	兄嫁を毒殺しようとして、誤って胞兄を毒殺してしまった。	小功の尊長		期親の尊長	謀殺期親尊長律により、後直ちに悔過自首したこと後直ちに悔過自首したことを評価して、皇帝の特旨により減刑	斬立決	この事案の処理が定例化された。	匯覽 卷42
23	劉廷彦一案	嘉慶16年	雲南省	借金をめぐって人と相争っていたところ、誤って胞兄を刺殺してしまった。	凡人		期親の尊長	弟毆死胞兄律(斬立決)に擬律して上で、皇帝の特旨により減刑	斬監候	No.28の李世得一案に付載されている事案。	匯覽 卷43

24	汪燮陞一案	嘉慶18年	山東省	叔父の財産を手に入れるために、その孫(小功の姪)を毒殺しようとして、誤って叔父、叔母および使用人の3名を誤傷してしまった。	小功の卑幼	期親の尊長	姪毆期親伯叔父母律	杖一百流二千里	小功服の姪に対する謀殺未遂罪(杖一百徒三年)と比較して、重い方の罪を科している。	匯覽 卷42
25	蓋保幅一案	嘉慶19年	直隸省	妻を毒殺しようとして、誤って妻の祖母を毒殺した	妻	凡人	謀殺造意律	斬監候	誤殺律ではなく、謀殺の本律が適用されている。	匯覽 卷32
26	梁欄志一案	嘉慶20年	直隸省	妻を毒殺しようとして、誤って凡人を毒殺した。	妻	凡人	謀殺人而誤殺旁人律	斬監候		匯覽 卷32
27	張紫氏一案	嘉慶21年	四川省	夫との不和を苦にして自殺を図り、その際に婢女二人も道連れにしようとして毒薬を用意したところ、夫の大功服の尊長が誤って毒薬を服用し死亡してしまった。	婢女	夫の大功の尊長	謀殺人而誤殺旁人律により、妻故殺夫之姪麻以上尊長律を適用	斬監候		匯覽 卷32
28	李世得一案	嘉慶23年	直隸省	金銭上のトラブルで胞兄の義子と争いになり、逃げ出した義姪を追いかけて殴ろうとしたところ、たまたま様子を見に来た胞兄を義姪と誤認して刺殺してしまった。	期親の卑幼?	期親の尊長	弟毆死胞兄律	皆斬(+夾簽声請?)	犯時不知律の適用方針に関する言及あり。	匯覽 卷43
29	王得昌一案	嘉慶24年	雲南省	大功の堂兄と鬭毆していたところ、誤って仲裁しようとしたおぼを死なせてしまった。	大功の尊長	期親の尊長	姪毆死伯叔父母律	皆斬(但し、夾簽声請を許さず)	大功の堂兄と鬭争していたことにより、毆期親尊長条例5の「非逞兇干犯」に該当しないとして、夾簽声請が認められなかった。	匯覽 卷43
30	崔隆魁一案	道光3年	江蘇省	姦通を咎められ侮辱されたことを恨みに思い、無服の族兄を謀殺しようとしたところ、暗闇で見間違えて小功服兄を誤殺してしまった。	凡人	小功の尊長	謀殺人而誤殺旁人律により、卑幼故殺小功兄律を適用	斬立決		匯覽 卷42
31	丁豹一案	道光3年	河南省	姦通を咎められ侮辱されたことを恨みに思っ、小功服の叔を毒殺しようとしたところ、小功服の弟1名を誤殺し、また小功服の弟2名とその妻1名を誤傷した。	小功の尊長	小功の卑幼	尊長謀殺卑幼已殺者依故殺法律により、尊長故殺小功卑幼律を適用	絞監候	「謀殺人而誤殺旁人律」ではなく、「尊長謀殺卑幼已殺者依故殺法律」が適用されていることに注意。	匯覽 卷42
32	尹方輿一案	道光4年	吉林省	妻と間違えて妻の姉を殺害。その後妻も殺害した。	妻	凡人	故殺人而誤殺旁人律	斬監候		匯覽 卷32
33	許曉斎一案	道光5年	安徽省	人と通姦した妻を毒殺しようとして食事内に毒物を投入したところ、誤って息子の嫁が食べ死亡した。	妻	子婦	故殺人而誤殺旁人律を適用した上で、故殺子婦律(杖一百流二千里)から一等原擬は因鬭毆而誤殺旁人律により毆殺父母律を適用して凌遲処死に擬律したが、皇帝の特旨により、鬭毆誤殺とは異なるとして減刑	杖一百徒三年		匯覽 卷32
34	白鵬鶴一案	嘉慶18年	山西省	灯油の貸借をめぐるトラブルが原因で兄嫁と争いになった際、投げた土レンガが誤って自分の母親に命中し、死なせてしまった。	小功の尊長	母		斬立決	この事案の処理が定例化された。	匯覽 卷44
35	朱開泰一案	道光14年	山東省	兄の姦通相手の女性が誦阳を無視して再び兄の家を訪れたために、猟銃を発砲したところ、たまたま様子を見に来た兄に命中し死なせてしまった。	凡人	期親の尊長	故殺人而誤殺旁人律により弟故殺胞兄律を適用して凌遲処死に擬律した上で夾簽声請旨	凌遲処死+夾簽声請旨	No.39の朱汝堂一案によれば、九卿の核議により、斬監候に改められた。	続増 卷11

36	羅洪寛一案	道光4年	貴州省	弟と諍いになつたさいに、誤つて父親を死なせてしまつた(ただし、詳細な事実関係は不明)	期親の卑幼	父	不明	凌遲処死(+援案請旨?)	適用条文は、恐らく因闘毆而誤殺旁人律であろう。	続増 卷11
37	李蕭氏一案	道光20年	安徽省	普段から好き放題に振舞つて迷惑をかけられていた小功の夫姪を毒殺しようとしたところ、誤つて無服の族人を誤殺してしまつた。	小功の卑幼	凡人	謀殺人而誤殺旁人律により凡人の故殺律を適用	斬監候	「人を謀殺せんとして、旁人を誤殺せば、総て殺すところの人を以て断を為す」	続編 卷19
38	米万発一案	道光28年	奉天省	弟が人と喧嘩しているのを止めようとした際、弟が言うことを聞かなかつたので、鉞を拾つて威嚇目的で殴りかかつたところ、仲裁にやつてきた旁人を誤殺してしまつた。	期親の卑幼	凡人	因闘毆而誤殺旁人律により闘殺律を適用	絞監候		続編 卷19
39	朱汝愷一案	道光28年	不明	兄の子と言ひ争ひになり、威嚇するため竹銃を発砲したところ、誤つて兄に命中し死なせてしまつた。	期親の卑幼	期親の尊長	故殺人而誤殺旁人律により弟故殺胞兄律を適用	凌遲処死(+夾簽請旨)		続編 卷24

出典欄の略称は以下の通り：「全集」＝「例案全集」 「彙編」＝「成案彙編」 「成統」＝「成案統編」 「匯覽」＝「刑案匯覽」 「続増」＝「続増刑案匯覽」 「統編」＝「刑案匯覽統編」

表二 子への侵害に起因する誤殺事案一覧

No.	事件名	完結年	発生	事件の概要	主観的対象者	実際の被害者	適用条文等	刑 罰	備 考	出典
40	張氏一案	雍正13年	直隸省	非行を重ねる息子を毒殺しようとしたところ、誤つて旁人を毒殺してしまつた。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用(斬監候)した上で、情状酌量により減刑	杖一百流三千里(收贖によつて執行)		彙編 卷19
41	潘氏一案	乾隆2年	貴州省	再婚した夫との同居を拒んで口答えした息子に向かつて投げた石が、誤つて他人に当たつて死なせてしまつた。	子	凡人	過失殺人律	收贖(銀十二両四錢二分)	故意犯とは認識していないことになる。具体的符合説と同じ発想?	彙編 卷19
42	盧拱一案	乾隆8年	福建省	息子の土地を二重譲渡しようとしたのを息子に阻まれたことを恨んで殺害しようとしたところ、暗闇で見間違えて大功の堂弟を誤殺してしまつた。	子	大功の卑幼	謀殺人而誤殺旁人律により、故殺同堂大功弟律を適用	絞監候		彙編 卷21
43	阮果正一案	乾隆58年	陝西省	子を殴ろうとして、誤つて旁人を殴死してしまつた。	子	凡人	因闘毆而誤殺旁人律	絞監候		匯覽 卷32
44	劉曾氏一案	嘉慶7年	湖南省	窃盜を犯した息子を毒殺する目的で毒団子を作り、人に持たせて息子に食べさせたところ、一緒に護送されていた人物もそれを食べ、死亡してしまつた。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用した上で量減	杖一百流三千里(八十歳以上であることを理由に援免)		匯覽 卷32
45	黄章氏一案	嘉慶16年	広西省	親の教令に違反した子を毒殺する目的で酒に毒を混入したところ、旁人二名を誤殺した。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用した上で、故殺一家二命の斬梟の罪から一等を量減	杖一百流三千里(婦人を理由に收贖)+埋葬銀四十両	No.44の劉曾氏一案の先例に準拠している	匯覽 卷32
46	宋邁遷一案	道光2年	山東省	人と通姦した娘を殺害する目的で毒入り麵餅を作つたところ、娘がそれを近所の子供に分け与えて死なせてしまつた。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用した上で量減	杖一百流三千里	同上	匯覽 卷32

47	鍾世祥一案	道光4年	陝西省	頼まれた仕事をせずに遊びつづけている息子に腹を立てて煙草入れを投げつけたところ、息子が避けたために後ろにいた息子の友人に当たり死なせてしまった。	子	凡人	因闘毆而誤殺旁人律を適用した上で量減	杖一百流三千里＋埋葬銀	この事案を契機に条例が制定された	匯覽 卷32
----	-------	------	-----	--	---	----	--------------------	-------------	------------------	-----------

出典欄の略称は以下の通り：「彙編」＝「成案彙編」 「匯覽」＝「刑案匯覽」

## 清律における自首制度の変遷——盗犯の自首を中心に——

中村 正人

- 一 はじめに
- 二 清律「犯罪自首」条の概要
- 三 強盗犯の自首について
  - 1 強盗条例二六について
  - 2 強盗条例二六の成立過程
- 四 おわりに

### 一 はじめに

「過ちて改めざる、之を過ちと謂う」という『論語』の言葉が端的に示すように、儒教においては「改過自新」（前非を悔い改めて、自ら更生する）を重視する思想が見られる。そして、そうした思想を律内において実定化したものが、本稿において取り上げる自首の制度であった。

儒教思想とは直接縁のないわが国の刑法を始め、諸外国においても自首に関する規定を有する刑法典は多数存在する。わが国の現行刑法において自首が任意的減軽事由とされている主たる理由の一つに、「犯罪の捜査及び犯人の処罰を容易にして訴訟手続の円滑な運用に寄与する」という刑事政策的理由<sup>(1)</sup>が通常挙げられる。もちろん伝統中国法の自首においても、捜査や裁判におけるコストを低下させようという刑事政策的意図が全くなかったとは言えないであろう。しかしながら、現行日本刑法における自首の効果が、単なる刑の減軽（しかも任意的）であるに過ぎないのに対して、伝統中国法の自首は、後の詳しく述べるように、侵害した法益の回復が不可能ないしは困難な一部の犯罪を除き、犯罪事実が官憲に発覚する以前に自首すれば、原則として刑が免除されることになっていた。すなわち、伝統中国の場合には、刑を軽減して執行するのではなく、刑の執行そのものを行わないのであるから、「訴訟手続の円滑な運用に寄与」させようという意識はそもそも乏しく、やはりそれよりも「改過自新」の道を開くという儒教道德的理由による影響をより強く受けていたと言えるであろう。

こうした儒教思想に基づく刑罰軽減規定の存在は、民衆に対して儒教的仁愛を示すこと



によって、王朝への支持を高める効果を為政者にもたらし得る一方で、大幅な刑の軽減は、狡猾な犯罪者に法網をすり抜けるための口実を与え、ひいては社会秩序の悪化を引き起こす危険性もはらんでいる。恐らく当時の為政者達は、この種の刑罰軽減規定が持つメリット・デメリットの折り合いをつけるべく、相当の苦心を強いられたのではないかと推測される。筆者はかつて清代刑法の留養（存留養親）制度に関する論文<sup>(2)</sup>を公表したが、その中で、同じく儒教思想に基づく刑罰軽減規定である留養に関して清朝は、最後まで制度の適用そのものを放棄することはなかったけれども、その適用範囲を狭めたり、あるいは適用した場合の効果を低下させる等様々な試みを行い、為政者が上記のジレンマを解消しようと努力していた様子が窺えることを明らかにした。留養に関して見られたこのような現象が、同じく儒教思想に基づく自首においても見られるか否かを検証しようというのが本稿の目的である。

本稿では次章において、まずは清律の「犯罪自首」条の概略について述べた後、清代の自首の中で最も頻繁に条例が制定・改定され、変化に富む経過をたどった強盗の自首に関する問題に焦点を絞り、主として条例の制定過程をたどることによって、儒教思想由来の刑罰軽減規定をめぐる「ジレンマ」の問題について考察して行く。

## 二 清律「犯罪自首」条の概要

歴代王朝の律と同様に、清律においても犯罪者の自首に関する規定が存在する。以下に引用する条文がそれである（便宜上、内容のまとまりごとに段落分けし、冒頭に丸数字を付した上で、それぞれ「第一項、第二項……」と称する）。

- ① 凡そ罪を犯して未だ発せずして自首する者は、其の罪を免じ、（若し贓あらば、其の罪は免ずると雖も、）猶お正贓を徴す。（謂うところ、枉法・不枉法贓の如きは、徴して官に入れ、用強生事・逼取・詐欺・科斂・求索の類、及び強窃盗の贓は、徴して主に給す。）
- ② 其れ軽罪発すると雖も、因りて重罪を首する者は、其の重罪を免ず。（謂うところ、窃盗事発して自首し、又た曾て銅銭を私鑄せば、鑄銭の罪を免ずるを得、止だ窃盗の罪を科す。）若し告せらるるの事を問うに因りて、別に余罪を言わば、亦た（上の）如く之に（科す）。（止だ見問の罪名のみを科し、其の余の罪を免ず。私塩の罪を犯すに因り、事発して問せられ、拷訊を加えざるに、又た自ら別に「曾て牛を窃盗せり」又た「曾て人

の財物を詐欺せり」と言わば、止だ私塩の罪のみを科し、余罪は俱に免ずるを得るの類を謂う。)

- ③ 其れ(犯人自首せずと雖も、)人を遣して代首せしめ、若しくは法に於て相い容隠するを得る者(の親屬)が(之が)為に首し、及び(彼此許発して、互いに)相い告言せば、各々罪人<sup>みずか</sup>身ら自首するの法の如くするを聴し(、皆な罪を免ずるを得。「其れ人を遣して代首せしむ」とは、謂うところ、如し甲が罪を犯し、乙を遣して代首せしめば、親疎を限らず、亦た自首に同じく罪を免ず。「若しくは法に於て相い容隠するを得る者が為に首する」とは、謂うところ、同居及び大功以上の親、若しくは奴婢・雇工人が家長の為に首し、及び相い告言する者は、皆な罪人が自首すると同じく、罪を免ずるを得。卑幼が尊長を告言せば、尊長は自首律に依りて罪を免じ、卑幼は干犯名義律に依りて科断す。)
- ④ 若し自首すれども実ならず、及び尽くさずんば、(重情なるも、首して輕情と作し、多贓なるも、首して少贓と作さば、)不実・不尽の罪を以て之を罪(し、自首の贓数尽くさざる者は、止だ尽くさざるの数を計りて之を科)し、死に至る者は、一等を減ずるを聴す。
- ⑤ 其れ人の告せんと欲するを知り、及び逃(山沢に逃避するが如きの類なり)叛(是れ本国より叛去するの類なり)して自首する者は、罪二等を減じて之を坐す。其れ逃叛する者、自首せずと雖も、能く本所に還歸する者は、罪二等を減ず。
- ⑥ 其れ人に損傷し、(人に殺傷するを犯すに因りて自首する者は、因るところの罪を免ずるを得、仍お本殺傷の法に従う。本と過失なる者は、本法に従うを聴す。)物に於て(損傷して)賠償すべからず、(謂うところ、印信・官文書・応に禁すべきの兵器及び禁書を棄毀するが如きの類は、私家合に有すべからず、是れ償すべからざるの物なれば、首するを准さず。若し本物見に在らば、首する者は首法に同じく罪を免ずるを聴す。)事発して逃に在り、(已に囚禁せられ、越獄して逃に在る者は、犯すところの罪を首するを得ずと雖も、<sup>およ</sup>但そ既に出首せば、逃走の罪より二等を減ずるを得、正罪は減ぜず。若し逃げる事官に到るを経るの先に在らば、本より罪を加うるなく、仍お本罪より二等を減ずるを得。)若しくは関を私・越度し及び姦する者は、並びに自首の律に在らず。
- ⑦ 若し強窃盜詐欺して人の財物を取りて、事主の処に於て首服し、及び人より枉法・不枉法贓を受くるに、悔過して回付して主に還さば、官司を経て自首すると同じく、皆な

罪を免ずるを得。若し人の告せんと欲するを知りて、財主の処に於て首還せば、亦た罪二等を減ずるを得。其れ強窃盜、若し能く同伴を捕獲して官に解せば、亦た罪を免ずるを得、又た常人に依りて一体に給賞す。(強窃盜の自首、免罪の後に再犯する者は、首するを准さず。)<sup>(3)</sup>

本条文の第一項には、自首の取扱いに対する基本原則が規定されている。清律は歴代王朝の伝統を踏襲し、犯罪事実が官憲に発覚する前において犯人が自首した場合には、原則として罪を免ずる(但し、贓物がある場合にはその返還(没収)は免れない)こととしている。なお、嘉慶六年という比較的後年の通行の中ではあるが、「事未発而自首」か否かの判断は、事主による官憲への通報と犯人の自首との時間的前後によって決まるものではなく、事主が官に通報しようとしていることを犯人が知らずに自首したのか否か、換言すれば、犯人の自首が過ちを悔い改める真摯な心から行われたものなのか、それとも単に罪が発覚したことを知って処罰を恐れる心から行われたものなのかを基準とするとの見解が示されている<sup>(4)</sup>。しかしながらこうした解釈が清朝における一貫した公式見解であるかという点、必ずしもそうではなかったようである。なぜならば、その直後の嘉慶九年に起きた謝吳三一案<sup>(5)</sup>においては、「事未だ発せずして自首」したか否かは、自首が官憲に通報する前に自首したか否かという客観的な状況によって決まり、自首が通報した事実を自首者が知っていたか否かは関係ないとする、全く逆の見解が示されているからであり、刑部においてもその解釈が揺れていたように思われる。

第二項は、不真正な自首に関して規定している。すなわち、軽い罪が発覚した後でも、別に犯していたより重い罪を自白した場合には、その重い方の罪を免じ(軽罪は免じられない)、取調べ中に告発されたもの以外の罪(「余罪」)を自白した場合にもまた、余罪のみを免ずることになる。

第三項は、本人以外の第三者による自首の規定である。自首は必ずしも本人自らが行わなければならないわけではなく、犯人からの依頼によって第三者が代わって首告し、あるいは犯人からの依頼がない場合であっても、「法に於て相い容隠するを得る者」が犯人のために代首したのであれば、本人が自首した場合と同様に取り扱う旨を定めている。

「法に於て相い容隠するを得る者」とは、律の規定<sup>(6)</sup>によれば、同居共財<sup>(7)</sup>の関係にある親属(戸籍の同異、服の有無を問わない)・服制が大功以上の親属・外祖父母・外孫・

妻の父母・女婿・孫の妻・夫の兄弟・兄弟の妻といった親属の他、奴婢・雇工人といった隷属民が家長のためにする場合がこれに該当する<sup>(8)</sup>。なお、上記に含まれない他の親属、例えば小功服や緇麻服の親属、あるいは無服の親属が犯人のために代首した場合にどのように扱われるかに関しては、条例中に以下のような規定が存在する。

小功・緇麻の親が首告せば、罪三等を減ずるを得、無服の親ならば、一等を減ず。其れ反・叛・逆せんと謀りて未だ行せず、如し親属首告し、或は捕送して官に到らば、正犯は俱に自首律に同じく罪を免ず。若し已に行せば、正犯は免ぜず、其の余の縁坐人は、亦た自首律に同じく罪を免ず<sup>(9)</sup>。

『大清律例通考』によれば<sup>(10)</sup>、本規定は明律以来、律本文の小註としてあったのを、乾隆五年に摘出して専条としたものであり、小功服と緇麻服の親属が犯人に代わって首告した場合には、犯人の罪を本来の刑罰から三等軽減し、無服の親属であれば一等を軽減することとされ、「法に於て相い容隠するを得る者」のように、罪を完全に赦すことはないにしても、一定の配慮を行っていたことが分かる。

続いて第四項では、罪状を本来よりも軽いものと偽ったり（「不実」）贓額を過少に申告したりする（「不尽」）等、自首の内容が不完全な場合の処罰を規定する。罪状を軽いものと偽るとは、例えば搶奪の罪を犯したにも拘らず、窃盜を犯したと首告する類であり、律の総注によれば、その場合搶奪の罪を科すことになる。贓額を過少に申告するとは、例えば銀一百両を窃盜したにも拘らず、六十両を盗んだと自首するような場合を指し、この例では首告した贓額と実際との差額である四十両の窃盜として処罰することになる。不実・不尽いずれの場合でも、科せられるべき刑が死刑に該当する場合には一等を減ずる（すなわち、杖一百流三千里に減刑する）とされている。

第五項は、自発性に疑問が残る自首の場合、および逃亡罪や叛罪における事実発覚後の自首の場合といった、全免ではなく減刑されるに止まる類型について定めたものである。被害者あるいはその他の第三者が、犯罪事実を官憲に告訴・告発しようとしている事実を知ったために、罪の発覚を恐れて自首した場合には、犯罪発覚以前ではあっても刑は全免されず、罪二等を減じられるに止まる。その理由については、『大清律輯註』が、「犯罪事実が発覚する前に自首した場合は、本来その事実を秘匿できたのに敢て自首したのであるから、それは本心から過ちを悔いていると言える。ところが人が告発しようとしているこ

とを知って自首した場合は、もとより過ちを悔いる気持ちはなく、事がすでに露見してから初めて罪を畏れる気持ちが生じたからに過ぎない。それ故に二等を減じるに止めるのである」<sup>(11)</sup>と述べているのが参考になろう。

逃亡犯や謀叛（他国への亡命を企てる罪）をすでに実行した犯人については、この場合通常犯罪事実はすでに発覚しているけれども、自首（官憲に出頭しなくても、単に元の場所に帰還した場合であっても可）したならば罪二等を減ずることとされている。この逃叛の自首における二等の減刑は、前述の人が告発しようとしていることを知って自首した場合の二等減とは、同じ二等の減刑であっても立法趣旨は全く異なる。この点について滋賀秀三氏は、唐律の規定に関してではあるが次のように述べている。すなわち、「前者（人が告発しようとしていることを知って自首した場合のこと——引用者注）は、事未だ発していないのであるから原則的には自首によって全免たるべきところを、事まさに発せんとするを知って自首したという弱点を責めて、全免としないで二等減とする。後者（逃叛（唐律の表現では「亡叛」）の自首のこと——引用者注）は、事すでに発しており原則的には自首とならない筈のところを、政策的考慮から特に二等減という恩恵を与えて、自首・復帰を奨励する」<sup>(12)</sup>ものであった。

なお、「人の告せんと欲するを知り……て自首する」の条項は、犯人が今まさに告発されようとしている状態（すなわち、「未だ事発せざる」状態）での自首に関する規定であるが、乾隆三十八年に、事件発覚後さらに官憲の手が自分に及ぼうとしていることを聞き知って自首して来た場合の条例が制定された。それによると、犯した罪が律の規定によりそもそも自首することが許されない場合（次に紹介する第六項がこれに該当する）、あるいは強盗の自首において、他の条例に別途規定がある場合（第三章参照）を除き、官憲の手が自分に及んでいることを聞き知って自首した（「聞拏（拿）投首」）場合には、本来の罪より一等を減じて刑を科すこととされている<sup>(13)</sup>。

次いで第六項では、自首を認めない（自首したとしても刑罰を減免しない）犯罪類型について定めている。条文によれば、人を殺傷したり賠償不可能な物を損傷させる行為、私度・越度<sup>(14)</sup>あるいは人と姦通する（強姦・和姦いずれも含む）等、基本的に当該行為によって発生した損害の回復がその性質上不可能（困難）な犯罪については、通常の自首による刑の減免は認められない。

但し、他の犯罪行為が原因となって殺傷行為が生じた場合には、自首によって原因となった犯罪行為を免じ、通常の殺傷罪として処罰される。例えば、窃盗目的で他人の家に忍び込んだ犯人が、家人に発見されたためこれを殺害した場合や、財物を得る目的で人を謀殺した場合等において、通常であれば前者は「窃盗が時に臨んで盗所にて拒捕し人を殺す」の条例<sup>(15)</sup>によって、また後者は「人を謀殺し因りて財を得る者」の律<sup>(16)</sup>によっていずれも斬立決に処せられるところであるが、もし犯人が自首したならば、財物を得た（得ようとした）点が罪名決定の際に考慮外におかれ、単なる殺人として故殺に問われ、斬監候に処せられることになる<sup>(17)</sup>。

なお本項条文には、犯罪事実が発覚した後に逃亡した場合には自首を認めない旨が規定されているけれども、犯罪事実発覚以後の自首は、一部の例外（第五項参照）を除き何ら配慮されないことが原則であるので、本来この規定は不要であるように思われる。それにもかかわらず敢えてこの規定を設けた意味を付度すれば、恐らくは第五項に規定された逃亡罪それ自体の自首の取り扱い（たとえ発覚後であっても自首すれば（あるいは自主的に帰還すれば）罪二等を減ずる）が、その逃亡の原因となった犯罪にまでは及ばないことを明らかにするために、注意規定的な意味合いで設けたのではないかと推測される。

ここまでに述べた規定に関しては、多少の相違はあれ<sup>(18)</sup>、唐律以来基本的に変化のない部分である。しかしながら清律では、その後に続けて第七項として、強窃盗・詐欺・収賄等の財産犯の自首に関する特例規定が追加されている。本項の規定によれば、①強窃盗等の財産犯においては、当該贓物の本来の所有者に返還する行為も、官司への自首と同様に取り扱い、発覚前であれば罪を全免し、告発されること察知しての行動であれば、罪二等を減じる、②強窃盗犯が共犯者を捕縛して官に出頭したならば、（たとえ犯罪事実の発覚以後であっても）罪を全免した上に賞金を授与する、③強窃盗犯がかつて自首して罪を赦された後で再犯した場合には自首を許さない、こととされている。

このように律の規定上では、盗犯（とりわけ強盗犯）においても、他の自首が認められる通常の犯罪と基本的に同等に扱われることとなっていた。しかしながら、実際の裁判実務や条例の変遷を見ると、強盗の自首については、必ずしも律の原則どおりには処理されていないし、また処罰内容自体も時期によっても変化が見られる。そこで次章では、強盗の自首に関する基本条例ともいえる「強盗条例二六」を主たる考察対象として取り上げ、

同条例の立法過程を跡付けることによって、強盜の自首に対する清朝の刑事政策上の変遷を明らかにしたい。

### 三 強盜犯の自首について

#### 1 強盜条例二六について

前章の最後で触れたように、強盜犯の自首については、律にも規定するところがあったけれども、主として強盜条の附律条例において様々な拡張および修正が行われている。強盜の自首に関する規定を含んでいる条例はいくつか存在する<sup>(19)</sup>が、それらの中でも最も網羅的なのは、強盜条例二六<sup>(20)</sup>である。以下に全文を引用しておく。

①凡そ強盜、人命を殺死し、人の妻女を姦し、人の房屋を焼き、罪犯深重なる、及び事主を殴りて折傷以上に至らば、首夥の各犯は、俱に自首するを准さざるを除くの外<sup>(7)</sup>、其れ人を傷するの首夥の各盜、傷軽くして平復し、如し事未だ発せずして自首する<sup>(1)</sup>、及び強盜が数家を行劫するに、止だ一家のみを首さば<sup>(7)</sup>、均しく新疆に發遣し官兵に給して奴と為す。拏せられんとするを聞きて投首する者に係らば、斬監候に擬す。未だ人を傷せざるの首夥の各盜、及び窩家・盜線、事未だ発せずして自首する者は<sup>(2)</sup>、杖一百流三千里、拏せられんとするを聞きて投首する者は、雲貴兩広の極辺烟瘴に実發して充軍せしめ、「改遣」の二字を面刺す。

②以上の各犯、如し得るところの贓を將て、悉数もて投報し、及び官に到るの後贓を追(『光緒会典事例』では「追賠」に作る——筆者注)して主に給さば、方めて自首を以て論ずるを准し、若し贓もて未だ投報せず、亦た未だ追贓(『光緒会典事例』では「追賠」に作る——筆者注)して主に給さずば、自首を以て論ずるを得ず。

③脱逃して獲えられたる新疆の遣犯及び雲貴兩広に実發されたる人犯あるに遇わば、均しく例に照して即行正法し、流犯は仍お加等して調發す。

④放火して人の空房及び田場聚積等の物を焼くの強盜が自首するに至りては、放火故焼の本律に依りて流に擬し、若し焼くところの物を計るに、本罪より重からば、近辺に發して充軍せしむ。

本条例は内容的に大きく四つの部分に分けることができる(上記引用文の①～④)。原文では特にこうした区別をしているわけではないが、本稿では叙述の便宜上、それぞれ「第

一項」～「第四項」と称することにする。さらに第一項については、沿革の異なるいくつかの規定が混在している。これらについてもまた、後の叙述の便宜のために、文末に（ア）～（エ）の記号を付して区別した。

本条例の第一項では、強盗犯の自首の取り扱いに関する一般通則が規定されている。まず冒頭部分において、自首が認められない行為類型が列挙されている。それによると、強盗の際に殺人・強姦・放火等を行った場合、および強盗の被害者に対して折傷以上を負わせた場合には、たとえ事件の発覚前に自首したとしても、首犯（「盗首」）・従犯（「夥盗」）の区別に関わりなく何らの軽減も与えられなかった。この点に関しては、律には特に規定するところがなかったが、条例においてこれら比較的情状の重い強盗事件については、自首による刑の減免が明確に否定されることとなった<sup>(21)</sup>。

上記に該当しない比較的情状の軽い強盗に関しても、本条例では律の規定が修正されている。前章で見たように、律の規定では強盗においても他の通常の犯罪と同様に、原則として事件の発覚前に自首すれば罪を免じられることになっているが、本条例では、①強盗の際に他人を傷つけたが負傷の程度が軽くて被害者が回復した場合、および数件の強盗を重ねたにも拘らず、その内の一件のみを自首した場合には、発遣為奴とし、②官憲による捕縛の手が及んでいることを聞き知って自首した場合には、斬監候とされている。また、さらに情状が軽い、③人を傷つけていない強盗の首犯・従犯、および窩家（強盗団の根拠となる場所の提供者）・盗線（手引き役）といった補助的な役割に止まる共犯者について、発覚前の自首であっても杖一百流三千里となり、④官憲による捕縛の手が及んでいることを聞き知って自首した場合には、極辺・烟瘴充軍とした上で、顔面に「改遣」の二字を入墨される定めであった。いずれの場合においても、強盗罪の本来の法定刑（斬立決）よりは軽いものの、律で定められた強盗の自首に対する取り扱いに比べると、はるかに厳しい処置が行われている。

但し、以上の処置はいずれも贓物をすべて返還した場合である。贓物の返還がなければ、たとえ自首したとしても一切特別扱いしないことは、第二項で規定されている通りである。

第三項は、直接強盗の自首に関して規定しているわけではないが、関連する条項として本条例内に収録されているものである。すなわち、上記第一項の規定により発遣為奴ないしは極辺・烟瘴充軍または杖一百流三千里とされた強盗（補助的役割に止まる者も含む）



の自首犯が、配置された地方より逃亡した後捕縛された場合についての規定であり、前者（発遣為奴、極辺・烟瘴充軍の囚）については、皇帝の裁可を待つことなく直ちに処刑し（「即行正法」）、後者（流三千里の囚）については、充軍等のさらに重い刑に代えて執行することとされている。

最後に第四項において、空き家や田場に堆積してある物といった、比較的人命に危難を及ぼす虞の低い放火行為を伴う強盗犯の自首に対しては、放火故焼人房屋条の規定を適用して杖一百流三千里とする<sup>(22)</sup>が、ただ、焼失させた物の価額を計った結果、その罪が杖一百流三千里より重くなる場合には<sup>(23)</sup>、近辺充軍に処することを定めている。

本条例は、それぞれ異なる経緯によって制定され改定されてきた複数の条例が、乾隆五十三年に一条にまとめられ<sup>(24)</sup>、その後嘉慶十九年・道光十四年・同治九年の三次の改正を経て上記の形になったという、複雑な立法過程をたどっている。そこで次節では、本条例の変遷過程を振り返ることによって、強盗犯の自首に対する清朝の刑事政策上の変化を見て行くことにする。

## 2 強盗条例二六の成立過程

### （1）原例

強盗条例二六の淵源は、以下に引用する明・万曆十三年制定の間刑条例にまで遡ることができる<sup>(25)</sup>。

凡そ強盗を自首せば、人命を殺死し、人の妻女を姦し、人の房屋を焼き、罪犯深重なるは、准さざるを除くの外、其の余の曾て人を傷すると雖も、隨即に平復して死せざる者は、亦た姑くは自首するを准し、「兇徒が兇器を執持して人を傷する」の事例に照して、辺衛充軍に問擬す。其れ放火して人の空房及び田場積聚の物を焼かば、律に依りて徒に充つ。若し焼くところの物を計るに本罪より重からば、亦た止だ放火延焼の事例に照し、俱に辺衛に発して充軍せしむ<sup>(26)</sup>。

そしてこの規定が、若干の字句の修正を施された上で、清朝にも受け継がれて「原例」となったことが、清朝における強盗条例二六の始まりであった。

この万曆十三年の間刑条例（≡清朝の原例）の規定内容は、一見して明白なように、強盗条例二六における①の（ア）（イ）および④に対応している。両者を比較すると、内容の

本質とは関係ない部分での字句の異同は別にしても、なおいくつか異なる点が見られる。

第一の相違点は、自首が認められない強盗犯の類型に関する部分(①の(ア))についてである。原例では、強盗犯が殺人・強姦・家屋延焼等の「罪犯深重なる」行為を行った場合には自首を許さないこととしているが、これらについては強盗条例二六も全く同様である。しかしながら、強盗条例二六はその後に続けてさらに、強盗の被害者に折傷以上の重傷を負わせた場合にも事主の対象から除外しているが、原例にはまだそのような規定は存在していなかった。

第二は、法定刑の相違である。ただ、この内の④に対応する部分における法定刑の相違に関して言えば、それは見かけ上のものに過ぎない。すなわち、強盗の際に空き家や田場に堆積してある物を放火した犯人が自首した場合について、強盗条例二六が流刑に、明の間刑条例が徒刑になっているのは、恐らくは後者の誤記であると考えられるし<sup>(27)</sup>(ちなみに、『光緒会典事例』卷七八三一四所掲の清朝の原例では、「流に問う(問流)」と変更されている)、また焼失させた物の価額を計った場合の刑罰がより重い場合について、強盗条例二六が「近辺充軍」、原例が「辺衛充軍」となっているが、これは清代において呼称が変更されただけのものであって、刑名としては何ら異なる点はない<sup>(28)</sup>。一方、①の(イ)に対応する部分(他人に軽傷を負わせた強盗犯の自首に関する部分)の法定刑については、強盗条例二六の「発遣為奴」に対して原例では「辺衛充軍」となっており、明白な相違がある。もっとも、清代では死刑に次ぐ重刑として、充軍刑の上に発遣刑があったが、明代には発遣刑が存在せず、充軍刑が死刑に次ぐ重刑としての位置を占めていたというように、両者の刑罰体系そのものが若干異なるため、単純に比較することはできない。しかしながら、原例が規定する「辺衛充軍」は、五段階ある充軍刑の中の下から二番目であり、必ずしも死刑以外で最上位の刑罰というわけではないのに対し、「発遣為奴」は正に死刑以外では最も重い、文字通り「死刑に次ぐ」重刑であることから、軽微な傷害を伴う強盗犯の自首に対する扱いにおいては、原例の方がより寛大であったと考えて間違いないであろう。

その後乾隆五年に原例の一部が改正され、以下のような規定に変更された。

凡そ強盗、人命を殺死し、人の妻女を姦し、人の房屋を焼き、罪犯深重なるは、自首するを准さざるを除くの外、其の余<sup>(29)</sup>の曾て人を傷すると雖も、隨即に平復して死せざる者は、亦た姑くは自首するを准し、「兇徒が兇器を執持して人を傷する」の例に照して、辺衛

に発して充軍せしむ。其れ放火して人の空房及び田場積聚の物を焼かば、律に依りて流に問う。若し焼くところの物を計るに本罪より重からば、亦た止だ放火延焼の例に照し、俱に辺衛に発して充軍せしむ。若し事主の傷重からば、幸いにして死せずと雖も、自首するを准さず<sup>(30)</sup>。

この改正において、原例にはなく強盜条例二六には存在した、強盜の被害者（「事主」）に対して重傷を負わせた場合には、たとえ死に至らなかったとしても自首の対象から除外するという規定が付け加わっているが、これは以下に引用する雍正三年制定の条例の規定を取り入れたものである。

強盜が事主を毆傷するに、傷すること金刃に非ずして、傷するところも又た軽く、旋ち平復するを経る者は、夥盜に係らば仍お自首するを准し、辺衛に発して充軍せしむ。若し事主の傷重くんば、幸いにして死せずと雖も、其れ傷人の夥盜は、仍お正法に擬す<sup>(31)</sup>。

この乾隆五年改定条例は、最終形である強盜条例二六と比べると、「傷重」と「折傷以上」という表現上の差異、および本改定条例では当該規定が末尾に位置する等、細かな点での違いはあるが、内容上に本質的な違いはなく、この時点において強盜条例二六の①の（ア）（イ）および④の部分に関して、実質的にはほぼ完成の域に達したとみなし得よう。

## （２）数件の強盜犯の一部のみを自首した場合の規定

強盜条例二六を構成する諸規定の内、原例に含まれているもの以外で最も早い段階で条文化されたのは、数件の強盜を犯した後、その内の一件のみを自首した場合の規定（①の（ウ）に該当）であった。雍正三年に制定された条例は、次のように規定している。

凡そ強盜が数家を行劫して、止だ一家のみ首する者は、黒龍江に発し、新満洲の披甲の人に給して奴と為す<sup>(32)</sup>。

本規定は、すでに康熙四十四年に「覆准」という形で皇帝の命により定例化されており<sup>(33)</sup>、それからおよそ二十年後に上記のような形で条文化された。本条例と強盜条例二六を比較すると、雍正三年の段階では新疆は未だ清朝の領有する地域とはなっていないため、囚人の送られる先が黒龍江となっていること、また「官兵」ではなく「新満洲の披甲の人」となっていること等細かな相違点はあるが、いずれも実態としてはいわゆる「発遣為奴」であって、両者本質的に異なるところはない。

この雍正三年の条例は、後に乾隆五年に以下のように改定されている。

凡そ強盜が数家を行劫して、止だ一家のみ首する者は、劫する所の数家の内に、盜首が人命を殺死し、人の妻女を姦し、人の房屋を焼する等の項に及ぶに係り、例として自首するを准さざる者あらば、仍お分別して定擬するを除くの外、如し俱に例として自首するを准すの罪に係りて、本犯を將て死を免じ、黒龍江に發して、新滿洲の披甲の人に給して奴と為す者ならば、徒流遷徙地方条下の發遣の例に照して問發す<sup>(34)</sup>。

本条例において追加・修正された点は、まず第一に、複数の強盜事件の内その一部のみを自首した場合においても、それらの中に原例において自首を許さない類型のものが含まれている場合には、自首を認めない旨が明文化されたことである。もっともこの点に関しては、たとえ明文の規定がなかったとしても、解釈上同様の結論が導かれるものと推測されるため、新たに規範を定立したというよりも、むしろ確認的な意味で条文を追加したと捉えるのが妥当であろう。

第二の修正点は、法定刑の一部変更である。すなわち、雍正三年の条例では「黒龍江に發し、新滿洲の披甲の人に給して奴と為す」とされていたのが、本改定条例では「徒流遷徙地方条下の發遣の例に照して問發す」と改められている。この「徒流遷徙地方条下の發遣の例」とは、『光緒会典事例』に収められている以下の規定を指すものと思われる。

……若し民人が犯すこと、發遣案内の「強盜が死を免じて減等せらるる者」・「数家を行劫して止だ一家のみを首する者」……に該らば、如し査するに妻室あらば、俱に寧古塔・黒龍江等の処に僉發し、披甲の人に分給して奴と為す。其れ査するに妻室なき者は、如し強盜免死及び強盜三人以上を窩留するの犯に係らば、雲・貴・川・広の極辺・煙瘴の地方に分發し、其の余の査するに妻室なき、並びに別項の遣犯の妻室ある者は、俱に雲・貴・川・広の煙瘴少や輕き地方に分發し、均しく地方官に交互して、厳しく管束を行わしむ云々<sup>(35)</sup>  
(傍点筆者)。

この規定によれば、「数家を行劫して止だ一家のみを首する者」の刑罰は、配偶者の有無によって変化し、妻がいれば俱に寧古塔・黒龍江等に發遣とされた上で、披甲の人に分給して奴とされるが、妻がいなければ雲南・貴州・四川・広東・広西等で気候がそれ程劣悪でない地方（「煙瘴少輕地方」）への充軍とされている。これを従来の条例と比較すると、妻がある場合の処罰はほとんど一緒であるが、妻がない場合については明確に刑罰が輕

減されていることが窺い知れる。

なお、後者の「煙瘴少輕地方」への充軍に関しては、『大清律例通考』によれば<sup>(36)</sup>、乾隆三十七年二月に行われた、「煙瘴の地方は雲南・貴州・兩広の特定の場所に限られるため、そこに重罪人が集中する事態となっていることは問題である」とする湖北巡撫陳輝祖の条奏を契機として制定された定例<sup>(37)</sup>により、以後煙瘴充軍は「極辺四千里」充軍に改められることとなった。

この煙瘴充軍に対する取り扱いの変更を反映させ、さらに配偶者の有無による区別を改めて作られたのが、嘉慶六年制定の以下の条例である。

強盜が数家を行劫し、止だ一家のみを首する者は、極辺足四千里に發して充軍せしむ。如し脱逃して獲えられれば、例に照して加等して調發す<sup>(38)</sup>。

このように複数の強盜の内の一部のみを自首した者に対する取扱いは、乾隆朝後半から嘉慶朝にかけて、当初の「發遣為奴」から「發極辺足四千里充軍」にまで輕減されることになった。しかしながら注(24)に示したとおり、強盜条例二六が同治九年に改定され、本条例の規定を取り込んだ際に、同事案の刑罰が再び「發遣為奴」に戻されており、刑罰の輕減は恒久的に続くことはなかった。

### (3) 盜首・夥盜の自首に関する規定

#### (i) 乾隆五年改定条例制定までの推移

強盜条例二六においては、強盜の際に人に重傷を負わせあるいは死亡させた場合等を除き、自首した者に対して何らかの刑の輕減が認められるが、その際に考慮されるのは、犯行の際の負傷の有無、あるいは發覺前の自首か否か（「未發而自首」か「聞拏投首」か）であって、共犯者内での役割の違いについては、窩家・盜綫といった補助的な役割の者は別にして、首犯（盜首）・從犯（夥盜）に関しては特に區別されてはいない（①の（イ）～（エ））。この点に関しては原例においても、一切殺傷行為を伴わない強盜犯の自首（強盜条例二六①の（エ）に相当する部分）および「聞拏投首」の場合の規定がないという違いこそあるが<sup>(39)</sup>、盜首・夥盜の區別を設けていないという点においては、強盜条例二六と基本的に同じであると言える。しかしながら、原例から強盜条例二六への変遷の過程において常に盜首・夥盜の區別が存在しなかったかと言えばそうではなく、むしろ雍正朝から乾隆朝に

かけては、盗首と夥盗の自首の扱いを区別するのが主流となっていた。

強盗は本来首犯・従犯を区別しないで処罰する犯罪であり、共犯者全員が一律に、財物を得れば斬立決に、財物を得なければ杖一百流三千里に処せられる定めとなっている<sup>(40)</sup>。恐らく原例はそうした強盗罪の一般原則に従って、自首の場合にも首犯・従犯を区別することなく、一律に扱っていたのだと思われる。ところが清朝時代に入って間もなく、強盗の自首に関して首従の区別が行われるようになった。そのことが資料上最も早く確認できるのは、康熙十六年の議准によって成立した定例<sup>(41)</sup>においてであるが、これは、強盗が自首した場合、首犯（定例では「本主」と表現されている）が未だ捕縛されていない場合には、自首した本人のみの罪を免じ、首犯の罪は通常通りに処罰することを定めたものであって、首犯・従犯それぞれの自首について、取り扱いに直接区別を設けたものではなかった。

自首の取り扱いに際して首犯・従犯で区別が行われるようになったのは、雍正元年に成立した以下に引用する定例においてであった。

凡そ強盗案件内の、造意して首たる及び人を殺す者は、律に照して正法するの外、其れ人を傷するの盗も、亦た応に人を殺すと同じく罪を論ず（人を傷つくるの時、其の心原より事主の生死を顧みざるを以てなり）。若し傷すること金刃にあらずして、傷軽く平復せば、其の盗は仍お自首するを准し、『兇徒が兇器を執持して人を傷する』の例に照して、辺衛充軍に擬す。若し金刃に係りて、傷するところ重くんば、未だ死せずと雖も、其の盗は首減するを准さず、仍お正法に擬す<sup>(42)</sup>。

本定例は、その冒頭において「強盗案件内の、造意して首たる」者は、律の規定どおり死刑（斬立決）に処する旨を規定し、その結果、原例が規定する軽傷を与えた強盗の自首に対する処置（『兇徒が兇器を執持して人を傷する』の例に照して、辺衛充軍に擬す）は、首犯以外の者（すなわち従犯）に限定されることを定めている。したがってこの定例の成立により、軽傷を伴う強盗の自首に関しては、その対象から首犯（盗首）が除かれたことになり、ここに初めて、首犯に対する重罰化という形で、首犯と従犯の間に区別が生じる結果となった<sup>(43)</sup>。

一方、一切傷害行為を伴わない強盗の自首に関しては、注（39）でも述べたように、従来は律の規定どおり発覚以前であれば刑が免除されたと推測されるが、雍正六年の上諭を

もとに制定された定例によって、状況に変化が生じた。

強盜の首たる、並びに窩・綫、未だ官に到るを経ざるの先に於て、自ら陳首を行わば、旨を請いて其の情節を酌し、量りて寛減に従う。若し跟随して盜を為し、並びに未だ人を傷せざるの犯、自ら出首を行わば、伊の応に得べきの罪を將て、悉く寛免を行う<sup>(44)</sup>。

本定例においては、「跟随して盜を為」す者（いわゆる「夥盜」）が自首した場合には、強盜の際に人を傷つけていなければ、従来と同様に「寛免」すなわち系の免除が行われているが、首犯（「盜首」）に関しては、単に「量りて寛減に従う」すなわち減刑されるにとどまっており、この殺傷を伴わない強盜の自首の場合においても、盜首に関しては罰則を強化する方向で修正が行われたことになる<sup>(45)</sup>。

この雍正六年の定例は、人を負傷させていない強盜の盜首の自首に対して、情状を酌量して減刑することを規定するのみで、具体的な量刑については定めていなかった。いわば量刑を皇帝の裁量に委ねた形になっているが、これが乾隆四年制定の条例において、事件発覚前の自首であれば辺衛充軍に、「聞拏投首」の場合には發遣に処することに固定化された<sup>(46)</sup>。

そして先に触れたように、その翌年の乾隆五年に原例の改正が行われるが、輕傷を与えた強盜の自首に関する規定の部分について、原例と比較すると文言上特に変更を加えられることはなく、表面上は大きな変化は見られない。しかしながら、この文言上に変更がなかったことが、逆に大きな刑事政策上の方針変更があったことを示唆しているように思われる。すなわち、少なくとも雍正年間以降、強盜の自首に関しては、盜首と夥盜とではその扱いを異にする各種定例・条例が出されており、先に述べたように雍正元年の定例では傷人の盜首の自首は認めないとされていたものが、再び盜首・夥盜ともに傷人の場合の自首は辺衛充軍に減刑されることとなったのである。

もっとも、上述の如く、その前年の乾隆四年には、未傷人の盜首の自首に対して、この乾隆五年改定条例で定められた傷人の自首の場合と同じ辺衛充軍に処する旨の条例が制定されているため、両者を比較すると量刑上の均衡が大きく崩れているように思われる。しかしながら、『大清律例通考』も指摘しているように<sup>(47)</sup>、乾隆五年改定条例にある「其の余」という文言には盜首も含まれていたと解さざるを得ず、したがってこのことから、傷害を伴う強盜の自首の問題に関して、正に「混乱状態」とも評すべき程の方針の大転換が

この時期に行われたものと考えざるを得ないであろう。

(ii) 乾隆五年改定条例成立以降の推移

乾隆五年段階において、先に述べたような強盗の自首に対する処罰方針の大転換が行われたのも束の間、乾隆二十六年には傷人の盗首の自首に対して再び方針の転換が行われることになる。

強盗の首たりて人を傷し、傷軽くして平復し、自ら投首を行う者は、斬監候に擬し、遽かに減等を請うを得ず。其の余の自首条款は、定例に照して遵行せよ<sup>(48)</sup>。

本条例は、両江総督尹繼善の上奏に基づき<sup>(49)</sup> 乾隆二十六年に制定されたものであるが、人に軽傷を負わせた強盗の盗首が自首した場合、斬監候に擬することを規定している。強盗の法定刑は斬立決であることから、本条はほんの僅かではあるが刑を軽減しており、その意味では自首したことについて全く考慮していないわけではないけれども、辺衛充軍にまで減刑していた乾隆五年改定条例と比較すれば、大幅に法定刑の引き上げが行われており、一切自首を認めなかった雍正元年の定例の水準に近い線まで戻ったと言えよう。

なお、人を負傷させた盗首の自首に対して斬監候に擬するよう規定を変更したことについて、両江総督尹繼善の上奏には特にその理由は述べられていないけれども、恐らくは乾隆三年の張然等一案<sup>(50)</sup> における九卿会議の議論に見られるように、罪を悔いて自首しても一切罪を軽減することがなければ、あえて自首しようとする者がいなくなってしまうし、そうかといって「夥盗傷人自首」の例に照して減刑したのでは、盗首と夥盗との区別がなくなってしまうとの考慮<sup>(51)</sup> から、斬監候としたのではないかと推測される。

傷人盗首の自首に関する本条例での変更を受けて、乾隆三十二年には既出の乾隆五年改定条例が一部改正され、「其余」の二字を「夥盗」に修正することによって、傷人強盗の自首に関する同改定条例の規定の適用対象に盗首が含まれず、夥盗のみに限定されることが明文で示されるようになった。

一方、こうした方針の大転換は、独り盗首に関してのみ生じたわけではなく、乾隆九年に出された定例によって、夥盗の自首に関しても大きな変更が行われた。

夥盗、行劫すること一・二次なる者は、事未だ発するの先に於て、尽く首出を行わば、仍お律に照して罪を免ずるを除くの外、如し行劫すること三次以上なる者、事未だ発せずして自首せば、『未だ人を傷せざるの盗首が事未だ発せずして自首する』の例に照して、妻と



僉に辺衛に発して充軍せしむ。若し撃せられんことを聞きて投首せば、亦た『未だ人を傷せざるの盜首が撃せられんことを聞きて投首する』の例に照して、妻と僉に黒龍江等の処に発して奴と為す<sup>(52)</sup>。

上に引用した定例（乾隆十一年に条例化<sup>(53)</sup>）は、乾隆九年の于黒児一案を契機として制定され<sup>(54)</sup>、未傷人の夥盜<sup>(55)</sup>による事件発覚以前の自首については、犯行回数が二回以下であれば免罪に、三回以上に及んだ場合には、未傷人の盜首の自首と同様の処罰がなされることになった。

本定例の成立によって、これまで基本的に律の原則どおり免罪とされてきた未傷人夥盜による事件発覚前の自首に対して、犯行回数が三回以上に及んだ場合には免罪の対象からはずす等、より厳格な姿勢が示されることになった。こうした状況は、免罪対象を「行劫一次」の者のみに限定した乾隆三十二年の同条の改正<sup>(56)</sup>によってさらに加速されることになる。この夥盜の自首に対する厳罰化の傾向は、強盜条例二六において、盜首と夥盜の区別を廃止するという形でさらに進行していくことになるが、次項でも触れる通り、その過程にはなお多少の曲折が見られる。

次いで乾隆四十四年の孫二一案<sup>(57)</sup>を契機に、充軍・發遣刑に処せられた強盜の自首犯が、配置先から逃亡した場合の処罰を定めた条例<sup>(58)</sup>が制定され（強盜条例二六の③）、ここに強盜条例二六に規定されている要素のほぼすべてが出揃ったことになる。

#### （４）関連規定の統合と強盜条例二六成立までの経過

以上述べてきたように、強盜犯の自首に関しては、原例を出発点として、その後に順次様々な要素を追加しあるいは修正する条例が制定されてきた。そしてそれらの諸条例が、一部内容に修正を施された上で、乾隆五十三年に一本化された。

凡そ強盜、人命を殺死し、人の妻女を姦し、人の房屋を焼き、罪犯深重なる、及び事主を殴りて折傷以上に至らば、首夥の各犯は、俱に自首するを准さざるを除くの外、其れ人を傷するの首盜、傷軽くして平復せば、事未だ発せずして自首する、及び撃せられんとするを聞きて投首する者を論ずるなく、俱に斬監候に擬す。未だ傷せざるの首盜、能く未だ発せざるの時に於て自首せば、近辺に発して充軍せしむ。如し撃せられんとするを聞きて投首するに係らば、「情に原すべきある」の例に照して、黒龍江等の処に發遣し、披甲の人に

給して奴と為す。未だ人を傷せざるの夥盜に至りては、行劫すること僅かに止だ一次にして、事未だ発せずして自首する者は、律に照して罪を免ず。如し撃せられんとするを聞きて投首するに係らば、情に原すべきあるの発遣の本罪の上より一等を減じ、杖一百徒三年。若し夥盜が曾て人を傷するを経、及び行劫すること二次以上にして、事未だ発せずして自首せば、近辺に発して充軍せしむ。如し撃せられんとするを聞きて投首するに係らば、「情に原すべきある」の例に照して発遣せしむ。窩家・盜綫、如し自首し及び撃せられんとするを聞きて投首する者あらば、即ち未だ人を傷せざるの盜首に照して、充軍・発遣に分別す。以上の各犯、脱逃して獲えらるるあるに遇わば、軍罪は加等して調発し、其れ減じて黒龍江に発せらるる者は、旨を請いて即行正法す。其れ放火して人の空房及び田場積聚の物を焼くの強盜が自首せば、放火故焼の本律に依りて流に擬す。若し焼くところの物を計うるに本罪より重からば、近辺に発して充軍せしむ<sup>(59)</sup>。

本条例は、原例を土台として、そこに後に制定された定例・条例によって追加された様々な要素、すなわち、①事主を負傷させた場合の扱い、②盜首と夥盜の區別、③傷害行為を伴わない場合の処理、④強盜自首の軍・遣犯の脱走に関する規定、等を加えて成立したもので、最終形態である強盜条例二六にかなり近い内容となっている。

しかしながら同時に、いくつかの重要な点で未だ相違も見られる。第一の点は盜首と夥盜を區別して処罰している点である。この点に関して、原例では特に両者を區別するところはなかったのであるが、先に述べたとおり、雍正元年の定例によって盜首と夥盜の自首の扱いに初めて區別が設けられ、その後処罰内容は、紆余曲折を経て徐々に重罰化されたものの、基本的に両者を區別する枠組みは継続し、この乾隆五十三年修併条例においてもその流れが継承されたことになる。ところが同治九年の改正により強盜条例二六が制定された際に、再び盜首・夥盜の區別をせず<sup>(60)</sup>、強盜の際に傷害行為があったか否か（「傷人」か「未傷人」か）、また自首が事件の発覚前か後か（「未発自首」か「聞撃投首」か）の違いのみによって処罰内容が決する仕組みとなった。ただ前項でも述べたように、強盜は本来首犯・従犯を區別しないで処罰する犯罪である。それが、理由は必ずしも明確ではないが（手下の離反を促して強盜団の崩壊を狙うという刑事政策的な配慮が理由か？）、雍正朝において夥盜の自首に対する優遇策が採られるという形で、自首の扱いにおいて首犯と従犯の區別が行われるという「例外」状態がしばらく続くことになったが、嘉慶朝半ばに至

って再び基本原則に立ち戻ったのだと見ることができよう。

第二の相違点は法定刑である。比較を容易にするため表一に、本条例と強盜条例二六のそれぞれについて、類型ごとの法定刑の一覧を示しておいた<sup>(61)</sup>。上述の如く、本条例と強盜条例二六の大きな相違点として、盜首と夥盜の取り扱いを区別するか否かを挙げることができるが、法定刑に関する両者の違いも、正にこの点と連動している。すなわち、強盜条例二六では盜首と夥盜の区別を廃止したことにもない、その法定刑も、「傷人傷輕」の「聞拏投首」の場合以外は、すべて乾隆五十三年修併条例における盜首の法定刑と夥盜の法定刑の中間的な刑罰に変更されている。もともと、中間とは言っても単純に両者を足して二で割ったものではなく、どちらかと言えば盜首の法定刑に近い刑罰が選択されているため、全般的に夥盜に対する刑罰が大きく引き上げられており、とりわけ「未傷人」の場合においては、その傾向が顕著に現れていると言えよう。

表一 乾隆五十三年修併条例と強盜条例二六との法定刑の比較

			乾隆五十三年修併条例	強盜条例二六
傷人傷輕	未發自首	盜首	斬監候	發遣為奴
		夥盜	近辺充軍	
	聞拏投首	盜首	斬監候	斬監候
		夥盜	發遣為奴	
未傷人	未發自首	盜首	近辺充軍	杖一百流三千里
		夥盜	免罪（累犯は除く）	
	聞拏投首	盜首	發遣為奴	極辺烟瘴充軍＋面刺
		夥盜	杖一百徒三年	

本修併条例は、黒龍江への發遣が停止されたことに伴い、黒龍江への發遣と規定されている者について、それらをすべて雲貴兩広の極辺煙瘴地方への充軍刑に変更する改正が嘉慶十九年に行われ、また道光十四年には、本罪の軍遣犯の脱走に関する規定との関連で、軍犯の脱走は単に加等して調發されるのみであるのに対し、遣犯が脱走すると即行正法とされていることから、嘉慶十九年の改正によって黒龍江への發遣から雲貴兩広の極辺煙瘴地方への充軍刑へと変更されたものについては、その脱走が即行正法に処せられることを明確にするため、「面刺改遣」（囚人の顔面に「改遣」の二文字を入墨する）が付加されることとなった。さらに同治九年には、強盜の累犯がその一部のみを自首した場合の取り扱い

いに関する嘉慶六年制定の条例<sup>(62)</sup>を本条例に併入するに際し、嘉慶六年条例では数件の強盗の内ただ一件のみを自首した強盗が、(盗首・夥盗の区別なく)僅かに極辺足四千里の充軍に処せられるだけであるのに対し、本修併条例においては、人を傷つけた盗首の場合、事件発覚前の自首であってもなお斬監候に擬せられていることから、両者の均衡を図るため、本条例における盗首・夥盗の区別を廃し、また嘉慶六年条例の法定刑を発遣為奴に引き上げた上で両者を統合し、強盗条例二六が成立することとなった<sup>(63)</sup>。

#### 四 おわりに

以上、主として条例の変遷を中心に、清朝における強盗犯の自首に対する政策の変化について述べてきたが、清朝成立から時間が経つにつれて、犯罪者にとってより不利益な方向で制度が変更されていくという、留養制度でも見られた傾向が、自首の分野においても同様に見られることが明らかとなった。このことは特に盗首・夥盗の自首において顕著に現れている。すなわち、盗首の自首に関しては、雍正元年の定例によって軽傷を与えた場合の刑罰が加重され、また雍正六年の定例では、傷害を伴わない場合について免責対象から除外される等の重罰化が行われ、一方夥盗の自首に関しても、乾隆九年の条例制定移行においては、累犯の場合にはたとえ傷害を伴わない場合であっても罪が免じられないようになり、さらには強盗条例二六の成立によって、傷害行為の有無に関わらず全般的に刑罰が大きく引き上げられる結果となったことは、先に述べたとおりである。

また、留養制度における変遷との比較という点から言えば、自首においてもやはりまた、刑罰を加重したりあるいは刑の軽減が適用される範囲を狭めたりする等の厳罰化は進行したものの、それでもなお制度そのものの適用を止めてしまうまでには至らなかったということも、両者に共通する特徴であると指摘できるであろう。ただ、この「制度そのものの適用をやめなかったこと」という類似点に関しては、その意味合いが若干異なる可能性があることに注意を要すると思われる。すなわち、留養制度それ自体には、少なくとも刑事政策上は特段のメリットが存在しないばかりか、たまたま老疾の父母等を抱える一人息子であることを奇貨として、あえて罪を犯す者が現れ、社会秩序が悪化する危険性すら内包していると言える。それにもかかわらずなお清朝があえて(明朝とは異なり)制度を存続させ続けたことの背景には、何かしら特別な理由があったはずであり、それを追求するこ

とによって、清朝の法制度の特徴が浮かび上がってくることが見込まれよう。しかしながら自首の場合には、そもそも制度設計上、殺傷罪や損害回復不可能な盗罪等、日常頻繁に起こり得るような凶悪犯罪に対しては刑の軽減を認めていないため、もとよりクリティカルな刑事政策上のデメリットが発生しないようになっている上に、犯人自らが名乗り出てくることによって、捜査や裁判にかかるコストを低下させることができるというメリットの発生を見込むことさえ可能である。このように致命的な欠点がなく、却って利点すらある制度が存続されるのは、ある意味当然のことであり、そこに留養制度の存続のような、清朝の法制度上の特徴を読み取り得ることができるような特別な理由が果たして存在するのか、疑問が残るところである。

このため、本稿で検討した強盗の自首に対する政策上の変遷過程のみから直ちに清朝の法制度上の特徴を考察することは困難であるかもしれないが、今後も引き続き、自首制度の他の分野、あるいはその他の刑罰軽減制度の変遷過程の資料分析を通じて、清朝の法制度上の特徴を考えて行きたい。

#### 注

- (1) 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』（東京大学出版会、二〇〇六年）五一四頁。
- (2) 拙稿「清律『犯罪存留養親』条考（一）（二・完）」（金沢法学四二巻二号・四三巻三号）、同「清律『犯罪存留養親』条補考（一）（二・完）」（金沢法学四五巻二号・四六巻二号）。
- (3) 『大清律例』巻五、名例律下、犯罪自首条。なお、引用文中の（`）内は、本文中に挿入されている小註を示す。
- (4) 『刑案匯覽』巻一四、強盜条、「湖広司、查……若事主雖已報官、該犯尚未知覺、而悔過自首者、雖首在報官以後、亦仍以事未發而自首論云々、嘉慶六年議覆岳常澧道条奏通行」。
- (5) 『刑案匯覽』巻四、犯罪自首条、「湖広司咨、謝吳三行窃刃傷事主、聞拿自首一案、……嘉慶九年說帖」。
- (6) 『大清律例』巻五、名例律下、親屬相為容隱条。
- (7) 同居共財（単に「同居」とも言う）とは、「未だ家産分割を行わず家計を一つにした

ままいわゆる家族共産関係を現に維持している」（律令研究会編『訳注日本律令五』（東京堂出版、一九七九年）二九一頁）ことを指す。詳細については、滋賀秀三『中国国家族法の原理』（創文社、一九六七年）五五頁以下参照。

- (8) 親属間では相互に罪を庇うことが許されているが、奴婢・雇工と家長の間では一方方向の関係であり、家長が奴婢・雇工人の罪を隠匿することは認められない。前掲注（6）所引の条文参照。
- (9) 『大清律例』卷五、名例律下、犯罪自首条例一。
- (10) 吳壇『大清律例通考』犯罪自首第一条例文の按語（馬建石・楊育棠主編『大清律例通考校注』（中国政法大学出版社、一九九二年）二七九頁）参照。
- (11) 『大清律輯註』卷一一五四、犯罪自首条「未発而首、是事本可隠、而真心悔過。知人欲告而首、是原無悔過之心、而事已発露、始有畏罪之意也。故止減二等」。
- (12) 律令研究会編『訳注日本律令五』（東京堂出版、一九七九年）二二四頁注17。
- (13) 『大清律例』卷五、名例律下、犯罪自首条例九「聞拿投首之犯、除律不准首、及強盜自首、例有正条外、其余一切罪犯、俱於本罪上減一等科断」。
- (14) 文引（通行手形）なくしてひそかに関津を通過するのを「私度」といい、関津を経由せず迂回するのを「越度」という。『大清律例』卷二〇、兵律関津、私越冒渡関津条、「凡無文引、私度関津者、杖六十。若関不由門、津不由渡、（別從間道）而越渡者、杖九十云々」。
- (15) 『大清律例』卷二三、刑律賊盜上、強盜条例三六、「窃盜が時に臨んで盜所にて拒捕し、及び未だ財を得ざると雖も、未だ盜所を離れず、兇を逞しくして拒捕し……人を殺す者は、殺すところ事主・隣佑に係るを論ぜず、首たる者を將て斬立決に擬す云々」。
- (16) 『大清律例』卷二六、刑律人命、謀殺人条、「凡そ人を謀殺せば、造意する者は斬（監候）、從して加功する者は絞（監候）、加功せざる者は杖一百流三千里、殺し訖わりて乃ち坐す。……若し因りて財を得ば、強盜に同じく、首從を分かつ論じ、皆斬」。
- (17) 前者の具体的な事例としては、一例として雍正十二年の王輔亭一案（『成案彙編』卷三「行窃拒捕傷事主致死出首免所因案」）を挙げることができる。本件は窃盜目的で忍び込んだ家の家人に発見されたため棍棒で殴打し、家主を負傷させその妻を殺害したものであるが、犯人の妻の父が官憲に届け出たため自首したものとみなされ、「因ると

ころの罪」を免じられて通常の故殺犯として処罰されている。また後者の具体的な事例として、例えば雍正七年の史明子一案（『成案彙編』卷三「謀殺人因而得財、親父出首、照律得免所因之罪、仍照故殺律案」）が挙げられる。本件は財物を奪う目的で被害者を道中に待ち伏せて殺害し財物を奪い取ったが、父親に詰問されて情状を吐露したため、父親によって贓物とともに官憲に突き出されたという事件であるが、先の王輔亭一案と同様に、「殺傷の罪を犯して自首した者は、因るところの罪を免ずる」として通常の故殺律が適用されている。

- (18) 例えば唐律では、「関を私・越度する」罪および姦罪と並んで、「天文を私習する」罪（職制律二〇条）もまた自首条の適用がない犯罪類型として規定されているが、清律ではそもそも「天文を私習する」罪自体が存在しないため、自首条においても削除されている。
- (19) 本章において取り上げた強盜条例二六以外にも、犯罪自首条例四、同七、強盜条例三三、同四五等がある。
- (20) 『大清律例』卷二三、刑律賊盜上、強盜条例二六：『光緒会典事例』卷七八三一七。
- (21) もっとも、律の規定においても、仮に強盜殺人犯が自首したとしても殺人の罪のみは免除されない（犯罪自首条第六項参照）が、その場合「因るところの罪」（ここでは強盜）は免除されるため、通常の故殺人罪として斬監候に擬律されることになり、強盜殺人罪の斬決梟示（強盜条例一参照）よりは刑を軽減されることになる。
- (22) 『大清律例』卷三四、刑律雜犯、放火故焼人房屋条、「……若放火故焼官民房屋、及公廨・倉庫、係官積聚之物者、（不分首從）皆斬、……其故焼人空間房屋、及田場積聚之物者、各減一等云々」。
- (23) 沈之奇も指摘しているように、『大清律例』中には器物を焼失させた場合に、その価額に基づいて罪を定めている規定はどこにも存在しない（懷效鋒・李俊点校『大清律輯註』（北京・法律出版社、一九九八年）八二頁、「……再按、放火律止言計物賠償、并無計物論罪之法、此云『計所焼之物、重于本罪』、亦復不合云々」）。本条例において「焼くところの物を計」って如何なる罪名に引き当てて刑罰を比較するのか、条文上は勿論のこと、実務上においても本規定が適用されている具体的な事例が検索できないため不明である。後考に俟ちたい。

- (24) 但し、「強盜が數家を行劫するに、止だ一家のみを首」した場合の規定（①の（ウ）の部分）は、同治九年の改正時に修併されたものである。『光緒會典事例』卷七八三一七、「謹んで案ずるに、……同治九年、強盜が數家を行劫して、止だ一家を首さば、原例は軍に擬して、人を傷するの首盜が、未だ發せずして自首せば、仍お斬候に擬せらるるは、殊に未だ平允ならず、又た首夥の盜犯、律を按ずるに同一に斬決たるに因り、是を以て首夥を論ぜず、均しく其の曾て人を傷つくるを否と、及び自首の先後を覈べ、分別して定擬し、並びに『強盜が數家を行劫して止だ一家のみを首する』の例を將て修改し、此の條に併入す」。
- (25) これ以前の問刑條例（弘治十三年の『問刑條例』・嘉靖二十九年の『重修問刑條例』等）には、相當する條文が見出せないため、少なくとも條例化されたのは萬曆十三年が初出であると思われる。
- (26) 『大明律集解附例』卷一、犯罪自首條附律條例。
- (27) 明例にいう「律に依りて徒に充つ」の律が放火故燒人房屋條の当該規定を指すのであれば、明律も清律も同條の條文は全く同じであるため、刑罰は流三千里でなければならないはずである。この点に関しては沈之奇も『大清律輯註』の中で、「放火律（放火故燒人房屋條のこと——筆者注）内には、官民の建物等を故燒した場合には共犯者すべて一律に斬とし、他人所有の空き家や田場に堆積してある物を故燒した場合にはそこから一等を減じて流刑とすべきであると規定しており、徒刑に処する旨を定めた法は存在しない。ただ、官民の建物や集積物を延燒させた場合には徒刑とされているが、これとは符合しない」と述べ、明例の規定に誤りがあることを示唆している。前掲注（23）書八二頁参照。
- (28) 但し、後にも触れるように、明代と清代では充軍刑の執行方法が若干異なるし、刑罰體系全体における位置付けも微妙に異なるため、實質的に考えれば必ずしも同一とは言えないことに留意しなければならない。
- (29) 『光緒會典事例』の本條稿尾の按語には、「其余」の二字が乾隆三十二年に「其夥盜」に変更されたと述べられている。但し、乾隆三十八年の丁直安一案（『駁案新編』卷二「盜首傷人捕獲另案夥盜投首擬徒」）においてこの改定條例が引用されているが、そこでは依然として「其余」となっている。



- (30) 『光緒会典事例』卷七八三—四。
- (31) 『光緒会典事例』卷七三七—四。
- (32) 『光緒会典事例』卷七三七—四。
- (33) 『光緒会典事例』卷七三七—八、「凡自首せるの強盜、數家を行劫して止だ一案のみを首出する者は、俱に死を免じ、黒龍江に發して新滿洲の披甲の人に給予して奴と為せ」。
- (34) 『光緒会典事例』卷七三七—四。
- (35) 『光緒会典事例』卷七四一—一六。
- (36) 前掲注(10)書二八一頁参照。
- (37) 『大清高宗實錄』卷九〇三、乾隆三十七年二月辛巳條参照。
- (38) 『大清律例』卷二三、刑律賊盜上、強盜條例三一。
- (39) 原例において、殺傷行為を伴わない強盜犯の自首について何ら規定するところがないのは、その場合には律の本則（強盜についても自首を認める）に従うという趣旨であったものと推測される。
- (40) 『大清律例』卷二三、刑律賊盜上、強盜條、「凡そ強盜已に行して、財を得ざる者は、皆な杖一百流三千里。但そ（事主より）財を得る者は、首從を分かつ皆な斬云々」。なお、法定刑に「皆」の字が付く場合、首犯・從犯を區別せず、共犯者全員に法定刑そのものを科すことについては、同卷五、名例律下、共犯罪分首從條参照。
- (41) 『光緒会典事例』卷七八五—四、「強盜の自ら投首を行う者は、止だ本人の罪のみを免じ、其の本主未だ查出するを経ずんば、仍お例に照して治罪せよ」。
- (42) 『光緒会典事例』卷七八五—七。
- (43) 輕傷を与えた盜首が自首の対象から除かれたことについては、乾隆三年の事案であるが、張然等一案（『成案彙編』卷一三、「殺人案内傷人未死之盜首、雖經自首、仍斬決案」）においても確認することができる。この事案は、事主に輕傷を負わせ、後に自首してきた盜首の処置が焦点となっているが、これに対して、刑部・九卿會議・戸部右侍郎申珠渾等による後議のそれぞれにおいて結論が多少異なっているけれども、「強盜の際に人を傷つけた盜首は、たとえそれが輕傷であったとしても自首を認めないのが例の定めである」という点で、各々の認識は一致している。

- (44) 『光緒会典事例』卷七三七—四。
- (45) もっとも、「跟随して盜を為」す者とは異なり、盜首に関する規定の方には「未だ人を傷せざる」という文言が明示されていないため、「量りて寛減に従う」のは、人に輕傷を負わせた場合、あるいは負傷・未傷の両方を含めてのことである可能性も否定できない。もしそうであれば、本定例は、輕傷を伴う強盜の盜首の自首に関して、それを否定した雍正元年の定例を緩和するものであるという、逆の評価も成り立ち得る。
- (46) 『光緒会典事例』卷七八三—五、「凡そ未だ人を傷せざるの盜首、能く未だ發せざるの時に於て自首せば、辺衛に發して充軍せしむ。拏せられんとするを聞きて投首するに至りては、過を悔いて自首する者と同じからざれば、「情に原すべきある」の例に照して發遣せしむ。窩家・盜綫、如し自首し及び拏せられんとするを聞きて投首する者あらば、亦た未だ人を傷せざるの盜首に照して、充軍・發遣に分別す」。
- (47) 乾隆五年改定条例に関する按語の中で吳壇は、「又た以えらく、此の条の原例に『強盜、人命を殺死し、人の妻女を姦し、人の房屋を焼き、罪犯深重なるは、自首するを准さざるを除くの外、其の余の曾て人を傷すると雖も、隨即に平復するは、亦た姑くは自首するを准す』等の語あれば、盜首を擬すること亦た自首の内に在り」（傍点引用者）と述べた後、後述の乾隆二十六年の「新例」により、傷人の盜首の自首を斬監候に擬して自首減等を許さないようになったことから、乾隆三十二年に、「其余」の二字を「夥盜」の二字に変更したのだと述べている。前掲注（10）書二八〇頁参照。
- (48) 『光緒会典事例』卷七八三—六。
- (49) 前掲注（10）書六九六頁、および『大清高宗実録』卷六三五、乾隆二十六年四月乙未条参照。
- (50) 前掲注（43）参照。
- (51) 前掲注（43）所引の張然等一案において九卿會議は、「例に盜首が人を傷して自首せば、量りて未減に従うの条なしと雖も、但だ既に自ら投首を行うを経れば、之を避匿捍法の者と較ぶるに、猶お罪を悔ゆるの念ありて、尚お一線原すべきに属す。若し仍お斬決に擬せば、則ち此れ等の盜犯駢首在即なるを明知すれば、孰か肯て自ら投首を行わんや。若し遽かに『夥盜傷人自首』の例に照し、減等して發遣とせば、則ち盜首と夥盜と又た輕重に別なきを覺ゆ」として、金刃を用いずに事主に輕傷を負わせた後

自首してきた盗首に対して、斬監候に擬すべき旨皇帝に上奏している。但し、この案件においては最終的には減刑は認められず、当該盗首は斬立決に処せられている。

(52) 『光緒会典事例』巻七八三―五。

(53) 前掲注(10) 書二八二頁の按語参照。

(54) 『成案彙編』巻三、「行劫三次以上夥盗自首、照盗首自首例擬軍例案」参照。本件は、見張り役として五度にわたって強盗行為に関与した犯人（但し、傷人行為は行っていない）が、事件発覚前に自首してきたというものであるが、これに対して刑部は、雍正六年の定例によれば、夥盗が事件発覚前に自首すれば罪を免ずる定めではあるけれども、犯行回数が一・二回であればともかく、五回にも及んでいるのでは罪を全免するのは妥当でないとして、「未傷人の盗首が発覚前に自首する」の例に照して、犯人を僉妻辺衛充軍に擬した上で、各省に通行すべきことを上奏し、これが乾隆帝に嘉納されている。

(55) 本定例には、本規定の対象が未傷人の夥盗に限定されるとは明示されていないけれども、本定例制定のきっかけとなった于黒児一案は未傷人の事案で、ただ犯行回数が多かったため、免罪にするのは妥当でないことから制定された規定であったこと、また、傷人の場合を規定している乾隆五年改定条例が、本定例成立後も廃止されることなく依然として効力を有していたこと（乾隆三十二年に同改定条例の字句が一部修正された上で、なお存続していることからそのことが窺える）等を考慮すれば、本定例は未傷人の夥盗のための規定であり、傷人の夥盗の場合にはなお乾隆五年改定条例の規定によって処罰されたものとするのが妥当であろう。但し、吳壇は、後に言及する本条を改定した乾隆三十二年の条例に関する按語の中で、「如し行劫すること二次以上の者、事未だ発せずして自首せば、『未傷人の盗首が事未だ発せずして自首する』の例に照し、近辺に発して充軍せしむ、……等の語あり。又た行劫すること二次以上の自首の夥盗を指して言うに似たり。傷人・未傷人を論ずる母く、即ち未傷人の盗首に照して分別して科断するなり云々」（傍点引用者、前掲注(10) 書二八二頁参照）と、本規定が傷人・未傷人のいずれの場合にも適用される条文であるように記している。実際のところ本規定の対象に傷人の夥盗の自首も含まれていた可能性は否定できないけれども、ただ、もし仮にそうであるならば、本規定が制定されたことにより、乾隆

五年改定条例は（少なくとも傷人夥盜の自首に関する部分については）その存在意義を失うため（「行劫一・二次」の傷人の夥盜であれば、明らかに規定内容が矛盾するし、「行劫三次以上」であれば、両者の刑罰は同じであるため、乾隆五年改定条例を存続させる必要がない）、条例自体廃止されるかないしは少なくとも事実上失効する憂き目に会ったはずである。ところが現実には、本規定が改正された年（後述）と同じ乾隆三十二年に、乾隆五年改定条例の一部字句修正が行われている。本規定が傷人・未傷人いずれも含むのであるとすれば、それと明らかに抵触する内容を持つ乾隆五年改定条例が、同じ年にしかも矛盾状態を解消しないままに改正されることはあり得ない。このことから、やはり依然として傷人夥盜の自首に関しては乾隆五年改定条例が基本条文であり、本規定は未傷人の場合限定の条文であったこと解するべきではなかろうか。なお、先に引用した『大清律例通考』の記述に関して言えば、吳壇はあくまでも「行劫二次以上の自首」に関して、「傷人・未傷人を論じない」と述べるに止まり、「行劫一次の自首」については何ら言及していないため、それについても「傷人・未傷人を論じない」か否かは明らかではない。「行劫二次以上の自首」はそもそもどちらの条例を適用してもその刑罰は「辺衛充軍」であることから、形式論理的にはともかく、実質的には「行劫二次（改正前では三次）以上の自首」が傷人・未傷人を問わず本規定の適用を受けると『大清律例通考』に述べられていることと、「行劫一次（改正前では一・二次）の自首」について、それが未傷人に限定されていたと考えることとは、必ずしも矛盾するわけではないと言える。

- (56) 『光緒会典事例』卷七八三—五、「夥盜、行劫すること一次なる者は、事未だ発するの先に於て、自ら首出を行わば、仍お律に照して罪を免ずるを除くの外、如し行劫すること二次なる者、事未だ発せずして自首せば、『未だ人を傷せざるの盜首、事未だ発せずして自首する』の例に照して、近辺に発して充軍せしむ。若し拏せられんとするを聞きて投首せば、亦た「未だ人を傷せざるの盜首、拏せられんとするを聞きて投首する」の例に照して、黒龍江等の処に発し、披甲人に給して奴と為す」。

- (57) 『駁案新編』卷二、「傷人夥盜聞拏投首發遣脱逃」。

- (58) 『光緒会典事例』卷七八三—五「人を傷するの夥盜が自首せば、即ち「未だ人を傷せざるの盜首が自首する」の例に照し、如し事未だ発せずして自首せば、即ち本例に

照して軍に擬す。脱逃するあるに遇わば、拏獲して加等して調発す。如し拏せられんとするを聞きて投首するに係らば、黒龍江等の処に發遣し、披甲の人に給して奴と為す。脱逃するあるに遇わば、獲うるの日に旨を請い、即行正法す」。

(59) 『光緒会典事例』卷七八三—六。

(60) 前掲注(24)所引の按語参照。

(61) 但し、乾隆五十三年修併条例における未傷人の夥盜については、強盜を行つた回数が一回かそれとも二回以上かといった、強盜条例二六には見られない類型も一部含んでいるため、両者は必ずしも厳密な対応関係にあるわけではない点には注意しなければならない。

(62) 前掲注(38)参照。

(63) 以上、嘉慶十九年以降の改正の経過については、強盜条例二六末尾の按語(前掲注(24)参照)を参照されたい。